

Er det virkelig en forholdsmessighetsvurdering? Kravet om rimelig balanse mellom utlendingens tilknytning til riket og forholdets alvor i Høyesteretts og EMDs praksis.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 519

Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 16158 ord

19.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og avgrensninger	1
1.2	Metode	2
1.3	Den videre fremstillingen	3
<u>2</u>	<u>REGELVERKET OG HENSYNET BAK DET</u>	<u>3</u>
2.1	Rettskildene	3
2.2	Hensyn generelt bak utvisning og hensyn bak forholdsmessighetsregelen	4
<u>3</u>	<u>KRAVET TIL FORHOLDSMESSIGHET OG DE ULIKE MOMENTENE I VURDERINGEN</u>	<u>4</u>
3.1	Overtredelsens alvor	7
3.2	Tilknytning til riket	7
3.2.1	Tilknytning til Norge i forhold til hjemlandet	7
3.2.2	Familiemedlemmer i Norge	8
3.2.3	Tidspunkt for etablering av familieliv	8
3.2.4	Muligheter for reetablering av familielivet i hjemlandet	9
3.2.5	Helsetilstanden til de involverte	9
3.2.6	Graden av integrering	10
3.3	Nærmere om barnets beste	10
3.4	EMK artikkel 8	10
<u>4</u>	<u>ER DET VIRKELIG EN FORHOLDSMESSIGHETSVURDERING? KRAVET OM RIMELIG BALANSE MELLOM UTLENDINGENS TILKNYTNING TIL RIKET OG FORHOLDETS ALVOR I HØYESTERETTS OG EMD PRAKSIS.</u>	<u>12</u>

4.1	Praksis fra Høyesterett og lagmannsretten	12
4.1.1	Overtredelsens alvor	12
4.1.2	Utlendingens tilknytning til riket	14
4.1.2.1	Tilknytning til Norge i forhold til hjemlandet	14
4.1.2.2	Familiemedlemmer i Norge	19
4.1.2.3	Tidspunktet for etablering av familieliv	21
4.1.2.4	Muligheten for fortsettelse av familielivet i hjemlandet	21
4.1.2.5	De involvertes helsetilstand	22
4.1.2.6	Graden av integrering i det norske samfunnet	24
4.1.3	Særlig om barnets beste	25
4.1.4	Vurdering av praksis fra Høyesterett	28
4.2	Praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen	30
4.2.1	Forholdets alvor	30
4.2.2	Tilknytning til vertslandet	31
4.2.2.1	Tilknytning til hjemlandet i forhold til vertslandet	32
4.2.2.2	Hensynet til familie i vertslandet	35
4.2.2.3	Tidspunktet for dannelse av familieliv	35
4.2.2.4	Muligheter for å fortsette samlivet i hjemlandet	36
4.2.2.5	Helsetilstanden til de involverte partene	37
4.2.2.6	Graden av integrering i vertslandet	37
4.2.3	Spesielt om hensynet til barna	38
4.2.4	Sammenligning av praksis fra Høyesterett og EMD	40
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>44</u>
<u>6</u>	<u>KONVENSJONSREGISTER</u>	<u>45</u>
<u>7</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>45</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>46</u>
<u>9</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>47</u>
9.1	Den europeiske menneskerettsdomstolen	47
9.2	Høyesterett	48
9.3	Lagmannsrett	49

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensninger

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15.mai 2008 nr.25 regulerer rettsstillingen til utlendinger som kommer til Norge. Hvem er så disse menneskene? Lovens §5 definerer en utlending slik: «Med utlending forstås i denne loven enhver som ikke er norsk statsborger.»¹ Av denne bestemmelsen følger det dermed at norske statsborgere ikke er utlendinger.

Det absolutte vernet etter utlendingsloven §69 lyder følgende: «En norsk statsborger kan ikke utvises. En utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her, kan ikke utvises.»²

Utvisning av en utlending betyr at hun eller han nektes innreise og opphold i Norge med et fremtidig innreiseforbud som enten er tidsbegrenset eller varig. Ofte vil et vedtak om utvisning også innebære innreiseforbud i hele Schengenområdet.

Utvisning må ikke blandes med bortvisning. Et vedtak om bortvisning innebærer at en utlending blir nektet innreise og opphold i riket med pålegg om å forlate landet. I motsetning til et vedtak om utvisning innebærer et vedtak om bortvisning ikke et fremtidig innreiseforbud.³

Er utvisning det samme som straff? Straff innebærer at staten fratar den som har brutt loven et gode. For eksempel personens frihet eller andre slags rettigheter. Også et utvisningsvedtak fratar utlendingen rettigheter. Likevel har ikke utvisning blitt sett på som straff i norsk rett, men som et administrativt rettighetstap. Den europeiske menneskerettsdomstolen fastslo i saken *Maaouia v. France* application no.39652/98 at utvisning ikke er å klassifisere som straff i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1.⁴

¹ Utlendingsloven §5

² *Utlendingsloven Kommentartutgave* (2010) s. 435-436, Utlendingsloven §69

³ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s.20

⁴ NOU 2004:20 s. 311

Bestemmelsene om utvisning er regulert i utlendingsloven kapittel 8. Det er gitt ulike bestemmelser for utvisning avhengig av grunnlaget for utlendingens opphold i riket. §66 regulerer utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. § 67 behandler utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse, mens utvisning av utlendinger med permanent oppholdstillatelse bestemmes av §68. Jo sterkere grunnlag for sitt opphold vedkommende har, jo mer skal det til for å utvise. I medhold av disse bestemmelsene kan utvisning begrunnes i brudd på utlendingsloven, straffeloven eller «når grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.»⁵ Disse bestemmelsene regulerer kun de objektive vilkårene for utvisning. Det betyr at det ikke blir tatt hensyn til utlendingens eget forhold i disse bestemmelsene.

Når man har slått fast at de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt, må man vurdere om utvisning vil være uforholdsmessig etter lovens §70 overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Her spiller subjektive forhold inn. Hvis man etter en helhetsvurdering kommer til at utvisning vil være uforholdsmessig, kan utlendingen ikke utvises fra riket. Det er denne bestemmelsen om forholdsmessighet som er tema for masteroppgaven. De objektive vilkårene vil derfor ikke bli behandlet i det følgende. Oppgaven vil i første rekke ta for seg utvisning av tredjelandsborgere, men det minnes om at Høyesterett i Rt 2009 705 slo fast at selve forholdsmessighetsvurderingen er den samme for EØS/EU borgere.

1.2 Metode

For å besvare problemstillingen vil jeg bruke alminnelig norsk rettskildelære. Eckhoff bygger rettskildelæren omkring Høyesteretts rettskildebruk. For nærmere om den alminnelige metodelæren viser jeg til Torstein Eckhoffs framstilling.⁶

Wienkonvensjonen om traktatretten inneholder regler for hvordan konvensjoner skal tolkes. Den naturlige språklige forståelse av ordlyden er utgangspunktet for enhver tolkning, jfr. Wienkonvensjonen artikkel 31 første ledd.⁷

⁵ Utlendingsloven §§ 66-68

⁶ Eckhoff (2001)

Ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) viser jeg til Høyesterett i plenumavgjørelsen Rt 2000 996 om at norske domstoler ved tolkningen av EMK skal benytte seg av samme metode som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) bruker. EMD ser på EMK som et «levende instrument» som skal tolkes dynamisk. Likevel slik at det er i første rekke EMD selv som har til oppgave å utvikle konvensjonen. Praksis fra EMD har følgelig stor betydning ved tolkingen av EMK. Ved tolkningen av EMD's avgjørelser er det viktig å ta i betraktning domstolens tidligere avgjørelser. Dette ble slått fast i *Goodwin v. The United Kingdom* application no. 17488/90⁸

1.3 Den videre fremstillingen

I del 2 av oppgaven vil det bli gitt en presentasjon av rettskildene og hensyn bak utvisningsreglene. I del 3 vil de ulike momentene i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §70 bli gjennomgått. Del 4 er hoveddelen av denne oppgaven. Her vil praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen bli undersøkt i tilknytning til de ulike momentene i forholdsmessighetsvurderingen gjennomgått i del 3. Rettspraksis fra Høyesterett og EMD vil bli vurdert og sammenlignet. Målet med undersøkelsen er å finne ut om det foreligger rimelig balanse mellom utlendingens tilknytning og det kriminelle forholdets alvor i rettspraksis fra de to domstolene. Undersøkelsen vil til slutt munne ut i en konklusjon i del 5.

2 Regelverket og hensynet bak det

2.1 Rettskildene

I denne oppgaven vil jeg først og fremst benytte meg av Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15.mai 2008. Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) vil også spille inn. Videre vil jeg benytte meg av forarbeidene til den nye utlendingsloven, særlig NOU 2004:20

⁷ Vienna Convention on the law of treaties 1969

⁸ *Goodwin v. The United Kingdom* (74)

og Ot.prp.nr.75(2006-2007). Andre viktige rettskilder er rettspraksis, da i form av praksis fra Høyesterett, lagmannsretten og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen EMD⁹. I tillegg vil Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter EMK¹⁰ artikkel 8 om familieliv være av betydning. Det samme gjelder Barnekonvensjonen¹¹ artikkel 3 om hensynet til barnets beste i rettslige saker.

2.2 Hensyn generelt bak utvisning og hensyn bak forholdsmessighetsregelen

Hva er grunnen til at vi velger å utvise mennesker som ikke følger norsk lov og som ikke er vernet mot utvisning etter utlendingsloven §69? Hvilken funksjon har denne delen av vårt rettssystem? En av de grunnleggende hensyn bak reglene om utvisning er at de skal virke allmennpreventive. Det betyr at de skal hindre at utlendinger som kommer til riket overtrer reglene her. Og når en utlending bryter loven er det viktig å kunne reagere mot dette. Forarbeidene til utlendingsloven understreker at hensynet til den alminnelige rettsfølelsen er en av begrunnelsene for reglene om utvisning. Utvisningsinstituttet skal fremme respekt for vår rettsorden og spiller stor rolle ved innvandringsreguleringen. Slik vil utvisningsreglene være med på å skape et trygt samfunn.¹² I utlendingsloven §70 som vil bli omtalt nærmere nedenfor, har vi en regel som sier at en utlending ikke kan utvises dersom det vil være uforholdsmessig overfor ham selv eller hans nærmeste familie. Begrunnelsen for denne regelen må sies å være hensynet til de nevnte parter som vil bli berørt av et utvisningsvedtak. Det er hensynet til et rimelig resultat, reelle hensyn, som begrunner denne bestemmelsen.

3 Kravet til forholdsmessighet og de ulike momentene i vurderingen

⁹ European Court of Human Rights 1959

¹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , Rome 1950

¹¹ Convention on the rights of the child , New York 1989

¹² Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s.288, NOU 2004:20 s.303

Utlendingsloven §70 første ledd lyder slik: «En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»¹³ I den tidligere loven, utlendingsloven av 1988, var kravet til forholdsmessighet plassert i lovens §29 annet ledd og §30 siste ledd.¹⁴ Bestemmelsen i den nye utlendingsloven av 2008 viderefører i hovedsak innholdet i disse bestemmelsene.¹⁵ Kravet til forholdsmessighet innebærer at det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering om hvorvidt det vil være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene å utvise utlendingen. I denne helhetsvurderingen skal man på den ene siden vurdere hensyn som taler mot utvisning og på den andre siden vurdere de hensyn som taler for utvisning av utlendingen.¹⁶

I Rt 1995 72 var det lagt til grunn at skjønnnet etter forholdsmessighetsvurderingen ikke kunne overprøves av domstolene. Dette ble ansett for å ha blitt modifisert etter senere praksis: «Etter min oppfatning må imidlertid denne uttalelsen anses modifisert gjennom senere praksis. I flere senere avgjørelser har Høyesterett forutsatt at den forholdsmessighetsvurdering som § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på, er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve.»¹⁷ Høyesterett viser her til senere praksis fra Rt 1996 551, Rt 1996 561 og Rt 1996 568.

Høyesterett har flere ganger siden uttalt at skjønnnet som lovbestemmelsen legger opp til er et rettsanvendelsesskjønn som domstolen har full rett til å prøve: «Spørsmålet i saka er om samhøvevurderinga i § 29 andre ledd fører til at utvisingsvedtaket må kjennast ugyldig. Prøvinga etter andre ledd er eit rettsbruksskjønn, der domstolen har full prøvingsrett, jf. til dømes Rt-2009-546 avsnitt 26.»¹⁸

¹³ Utlendingsloven §70

¹⁴ Utlendingsloven 1988 §§ 29 annet ledd og 30 siste ledd

¹⁵ *Utlendingsloven Kommentartutgave* (2010) s. 436-437

¹⁶ Rt 2007 667 (33), Rt 2011 948 (31) som viser til Rt 2009 705 (65)

¹⁷ Rt 1998 1795

¹⁸ Rt 2010 1430 (77) som viser til Rt 2009 546 (26)

Dette kravet til forholdsmessighet følger også av våre internasjonale forpliktelser etter EMK artikkel 8 annet ledd og Den Internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)¹⁹ artikkel 13.²⁰ I følge forarbeidene til utlendingsloven er EMDs praksis viktig ved vurderingen av om utvisning er uforholdsmessig etter utlendingsloven. Det uttales at vurderingen om forholdsmessighet etter utlendingsloven i stor grad faller sammen med vurderingen av om utvisning er et «nødvendig» tiltak etter EMK artikkel 8 annet ledd.²¹

I følge Den europeiske menneskerettsdomstolen er det et krav at det skal være rimelig balanse mellom de hensyn som taler for utvisning og de hensyn som taler imot.²² I avgjørelsen *Moustaquim v. Belgium* application no. 12313/86 kom retten til at det forelå en krenkelse av retten til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8. Domstolen uttalte følgende om kravet om rimelig balanse: « Having regard to these various circumstances, it appears that, as far as respect for the applicant's family life is concerned, a proper balance was not achieved between the interests involved, and that the means employed was therefore disproportionate to the legitimate aim pursued. » I saken *Boultif v. Switzerland* application no. 54273/00 ga Den europeiske menneskerettsdomstolen retningslinjer for vurderingen av om en utvisning vil være «nødvendig i et demokratisk samfunn»²³ når den intervenserer i familielivet.²⁴ Disse retningslinjene er senere utdypet i saken *Üner v. The Netherlands* application no. 46410/99, og er gjengitt i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) på side 292, som momenter i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §70.²⁵ Vi skal se nærmere på disse momentene i punktene under.

¹⁹ International Covenant on civil and political rights, New York 1966

²⁰ *Utlendingsloven Kommentarutgave* (2010) s.437, *Moustaquim v. Belgium*

²¹ NOU 2004 :20 s.309

²² *Utlendingsloven Kommentarutgave* (2010) s. 445, *Moustaquim v. Belgium*

²³ EMK art.8 annet ledd

²⁴ Rt 2005 229 (37)

²⁵ *Utlendingsloven Kommentarutgave* (2010) s.439

3.1 Overtredelsens alvor

Overtredelsens alvor er ett av de grunnleggende momentene i forholdsmessighetsvurderingen. Dette kriteriet innebærer en vurdering av grovheten av det kriminelle forholdet i saken. I følge Ot.prp.nr 75 (2006-2007) side 291 vil man ved bedømmelsen av forholdets alvor se hen til både det aktuelle straffebudets strafferamme og den idømte straff eller særreaksjon i det enkelte tilfellet. Videre fremkommer det av samme sted i forarbeidene at vold i nære relasjoner, gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikaforbrytelse, grov ranskriminalitet og organisert kriminalitet blir sett på som spesielt alvorlige i utvisningssammenheng. Det samme gjelder for menneskehandel, overgrep mot mindreårige og terrorvirksomhet. Departementet uttaler videre på side 292 at når utlendinger er straffet for slike forhold vil det ofte være grunn til utvisning selv om personen har en meget sterk tilknytning til Norge. Videre understreker departementet at når en person vurderes utvist, vil det bli lagt vekt på om han fortsatt er en trussel mot noen i riket. «...Jo alvorligere det straffbare forhold er, jo sterkere må tilknytningen være for å utgjøre en tilstrekkelig motvekt ved forholdsmessighetsvurderingen».²⁶

3.2 Tilknytning til riket

På den andre siden av forholdsmessighetsvurderingen har vi tilknytning til riket som det andre grunnleggende momentet. Dette sentrale momentet inneholder flere undermomenter, og jeg har valgt å dele det opp i flere delmomenter på samme måte som det er gjort i forarbeidene til utlendingsloven av 2008.²⁷

3.2.1 Tilknytning til Norge i forhold til hjemlandet

Dette kriteriet gjelder utlendingens eget forhold. Det handler om hvor sterk tilhørighet utlendingen har til Norge sammenlignet med hans bånd til opprinnelseslandet. Relevante fakta er hvor lenge utlendingen har bodd i Norge, om vedkommende har slektninger i riket og i hjemlandet. Videre er det relevant å se på hvor gammel utlendingen var da han forlot hjemlandet og hvor gammel vedkommende var da han

²⁶ Rt 2007 667 (33)

²⁷ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

kom til Norge. I Rt 2009 1432 gjengir Høyesterett uttalelser i Ot.prp.nr 75(2006-2007) side 293: «Departementet er enig med de høringsinstansene som har påpekt at det norske samfunn må ta ansvar for personer som begår kriminelle handlinger etter at de har hatt sin oppvekst her. Dersom utlendingen har vokst opp i Norge og har hatt flere års uavbrutt opphold i riket, skal det derfor som den klare hovedregel anses som uforholdsmessig å utvise, i tråd med dagens rettspraksis.»²⁸

Andre viktige fakta er hva slags grunnlag utlendingen har fått sitt opphold her, om vedkommende har reist til opprinnelseslandet mens han har bodd i Norge, og lengden på disse reisene. Videre er det relevant å ta i betraktning hvor godt utlendingen snakker norsk og om vedkommende kan språket som snakkes i hjemlandet.²⁹

3.2.2 Familiemedlemmer i Norge

Det er ikke bare utlendingens eget forhold som er viktig å ta i betraktning i helhetsvurderingen. Man må også vurdere hensynet til utlendingens eventuelle familiemedlemmer i Norge. Spesielt er det viktig med hensynet til utlendingens mindreårige barn. Relevante fakta er om utlendingen bor sammen med sin familie, og om vedkommende har omsorgsansvaret for barna. Også hensynet til eventuelle særkullsbarn er relevant.³⁰ I Rt 2005 229 ble følgende uttalt om familielivet som et moment i forholdsmessighetsvurderingen: « Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelige til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.»³¹

3.2.3 Tidspunkt for etablering av familieliv

Tidspunktet for når familielivet ble etablert er et viktig moment i vurderingen av hensynet til familielivet. Det avgjørende her er om familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne bli aktuelt.³² Dersom et ekteskap blir

²⁸ Rt 2009 1432 (42)

²⁹ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

³⁰ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

³¹ Rt 2005 229 (52)

³² Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

inngått på et tidspunkt da man visste at den ene part var utvist eller kunne bli utvist, vil betydningen av ekteskapet ha liten verdi i forholdsmessighetsvurderingen. Tilknytning som utlendingen har fått etter at vedkommende visste at han kunne bli utvist blir ikke tillagt særlig vekt. Dette fordi utlendingen og ektefellen ikke kan ha hatt noen berettiget forventning om samliv i riket i slike tilfeller.³³

3.2.4 Muligheter for reetablering av familielivet i hjemlandet

Et annet viktig moment under forholdsmessighetsvurderingen er hvorvidt utlendingens familie kan følge med den utviste til hjemlandet, slik at familien likevel ikke splittes. Det blir ikke regnet som familiesplittelse dersom det ikke vil være urimelig å forvente at den utvistes familie kan følge med til hjemlandet. Men selv om det vil være mulig for familiemedlemmene å følge med den utviste til utlandet, vil ektefellens og barnas ønske om å bli værende i Norge tillegges betydning.³⁴

3.2.5 Helsetilstanden til de involverte

Utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand er også relevante momenter ved vurderingen av om et utvisningsvedtak fremstår som uforholdsmessig. I Rt 1996 1510 på side 1518 la førstvoterende som representerte flertallet vekt på at det ene barnets helseproblemer med astma, allergi og eksem gjorde at familielivet ikke kunne opprettholdes ved flytting til hjemlandet Pakistan. Derfor mente retten at en opprettholdelse av utvisningsvedtaket måtte bety at familien ble splittet. Dette viser at familiemedlemmenes helseplager kan ha betydning for vurderingen av om det er mulig for familien å gjenforenes i hjemlandet, som igjen er et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen.

I en annen dom fra Høyesterett, Rt 2007 667 var den avgjørende faktoren som talte mot utvisning av en far, hans støttende rolle i forhold til en schizofren sønn. Her drøftet retten hva slags virkning det ville ha for den syke sønnen hvis hans far ble utvist. Dommen er et annet eksempel på at familiemedlemmenes helsetilstand blir tatt i betraktning i helhetsvurderingen.

³³ NOU 2004:20 s. 308

³⁴ Rt 1995 72 (s. 80), Rt 1996 551 (s. 559)

3.2.6 Graden av integrering

Et annet kriterium som er relevant i den samlede vurderingen er hvor godt utlendingen er integrert i det norske samfunnet. Her vil man særlig se på om utlendingen har skaffet seg utdanning og bidratt til samfunnet ved å arbeide og betale skatt.³⁵

3.3 Nærmere om barnets beste

Gjennom menneskerettsloven³⁶ §2 nr.4 ble FN-konvensjonen om barnets rettigheter inkorporert i norsk rett i 2003. I følge menneskerettsloven §3 går barnekonvensjonen foran ved motstrid med annen norsk lovgivning. FN- konvensjonen om barnets rettigheter har imidlertid siden 1991, da utlendingsloven av 1988 trådte i kraft, vært inkorporert på området for utlendingsrett gjennom lovens §4. I fortalen til barnekonvensjonen er det gitt uttrykk for at barn har rett til omsorg, spesielle beskyttelsestiltak og hjelp på grunn av deres psykiske og fysiske umodenhet. Flere av bestemmelsene i konvensjonen er relevante i utlendingssaker som berører barn. Prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn er slått fast i barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1. I den nye utlendingsloven er dette tatt med i lovteksten i § 70 1.ledd siste punktum for å sikre bevissthet omkring hensynet til barnets beste. Bestemmelsene som følger av barnekonvensjonen er imidlertid ikke i seg selv til hinder for et utvisningsvedtak. Artikkel 9 nr.4 i konvensjonen forutsetter at de ulike statene kan fatte utvisningsvedtak selv om det skulle bety at et barn blir skilt fra sin mor eller far. Det fremgår av Rt 1996 1510 på side 1516 at rettighetene som følger av EMK vil være dekkende for de som følger av barnekonvensjonen.³⁷

3.4 EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 nr.1 beskytter den enkeltes rett til familieliv og privatliv. Bestemmelsen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven §2 nr.1 og gjelder som norsk lov. Menneskerettsloven §3 bestemmer at reglene i EMK ved motstrid går foran annen

³⁵ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

³⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999

³⁷ NOU 2004:20 s. 91-92,s. 310, Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 53-54, s. 292.

norsk lovgivning. Inngrep i rettigheten som følger av EMK artikkel 8 nr.1 er kun tillatt dersom bestemte vilkår er oppfylt. Disse følger av EMK artikkel 8 nr. 2 som lyder slik³⁸: « There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. »³⁹ Altså må utvisningen være i samsvar med lov og være nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til de ovennevnte interesser.

I Rt 1996 551 på side 558 uttaler Høyesterett følgende om nødvendighetskriteriet etter EMK artikkel 8 nr. 2: « I ordet ‘nødvendig’ ligger etter konvensjonsorganenes praksis ikke mer enn at det må foreligge et vesentlig samfunnsmessig behov (‘a pressing social need’) og at utvisning er egnet til å fremme dette behov.»⁴⁰I forbindelse med kravet om nødvendigheten av utvisningen har de ulike nasjonale medlemsstatene av konvensjonen, fått et visst rom for skjønn, den såkalte «margin of appreciation». Høyesterett har tolket menneskerettsdomstolens praksis rundt denne skjønnsmarginen, som at det må være en rimelig balanse mellom de hensyn som taler for utvisning og de hensyn som taler imot.⁴¹

Vedrørende hvilke utlendinger som får bruke vernet etter EMK artikkel 8 har EMD kommet til at vernet gjelder de utlendingene som har etablert et lovlig opphold.⁴²Utvisning av en utlending uten lovlig opphold vil være i strid med konvensjonen bare i unntakstilfeller.⁴³ Høyesterett har i flere saker uttalt at den vurdering av forholdsmessighet som skal skje etter den norske utlendingsloven, i det vesentlige er lik den forholdsmessighetsvurderingen som følger av EMK artikkel 8 annet ledd.⁴⁴Det samme følger av forarbeidene til utlendingsloven.⁴⁵

³⁸ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 283

³⁹ EMK artikkel 8 annet ledd

⁴⁰ Rt 1996 551(s. 558)

⁴¹ Rt 1996 551 (s. 558), Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s.283, Berrehab v. The Netherlands (28), Slivenko v. Latvia (113)

⁴² Slivenko v. Latvia (94), (95)

⁴³ Darren Omoregie and others v. Norway (57)

⁴⁴ Eks:Rt 1996 551 , Rt 1998 1795, Rt 2005 229 (37), *Utlendingsloven Kommentartutgave* (2010) s. 437

4 Er det virkelig en forholdsmessighetsvurdering? Kravet om rimelig balanse mellom utlendingens tilknytning til riket og forholdets alvor i Høyesteretts og EMD praksis.

Jeg skal nå undersøke problemstillingen i denne oppgaven ved å analysere og vise til rettspraksis fra henholdsvis Høyesterett, lagmannsretten og EMD.

4.1 Praksis fra Høyesterett og lagmannsretten

4.1.1 Overtredelsens alvor

Under dette punktet skal viktige poenger på hvordan Høyesterett vurderer forholdets alvor i Høyesterettsdommene på utvisningsområdet tas opp. På denne måten vil dette hovedmomentet i forholdsmessighetsvurderingen bli belyst ut i fra rettspraksis.

Nærmere gjennomgang av saksforholdet i dommene vil bli belyst nedenfor i tilknytning til de øvrige momentene ved forholdsmessighetsvurderingen. Der vil også vurderingen av forholdets alvor i de enkelte dommene komme frem.

I Rt 1996 1510 var utlendingen idømt en straff på fengsel i ti år for oppbevaring og omsetning av heroin. Dette ble av både flertallet og mindretallet ansett som et svært alvorlig forhold. Høyesterett uttalte følgende: «Ved en så alvorlig forbrytelse som i denne sak, kan på den annen side ikke hensynet til A alene begrunne at utvisningsvedtaket kjennes ugyldig.»⁴⁵ Likevel slik at hensynet til selve utlendingen ville være et moment i en helhetsvurdering. Lignende uttalelser fra Høyesterett er gjentatt i senere dommer. Narkotikaforbrytelser blir lettere sett på som alvorlige forhold enn andre typer forbrytelser. I Rt 1996 1510 kommer førstvoterende som representerer flertallet med følgende bemerkning vedrørende ulovlige handlinger i forbindelse med narkotika: «Narkotikakriminaliteten innebærer et betydelig samfunns problem, og medfører alvorlig fare for andre menneskers liv og helse. Det føres en streng praksis slik at utgangspunktet normalt er utvisning ved alvorlige narkotikaforbrytelser.»⁴⁷

⁴⁵ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 283

⁴⁶ Rt 1996 1510 (s.1520)

⁴⁷ Rt 1996 1510 (s.1517)

Etter EMK artikkel 8 annet ledd kan en utvisning begrunnes med å «forebygge uorden eller kriminalitet». I Rt 1996 551 ble det anført at dette kun siktet til vedkommende utlending. Det ble anført at det måtte foreligge en konkret og direkte fare for at utlendingen ville foreta nye straffbare handlinger. Dette var Høyesterett ikke enig i. Høyesterett mente at uttrykket også innebar forebyggelse av fare for uorden og kriminalitet i sin alminnelighet. Dermed lå allmennpreventive hensyn i følge retten innenfor konvensjonens uttrykk.

I flere saker⁴⁸ har utlendingene anført at det norske straffenivået for narkotikakriminalitet er høyere enn andre land i Europa, slik at det burde legges vekt på dette i vurderingen av det straffbare forholdets grovhet. I Rt 1998 1795 var Høyesterett ikke enig i anførselen. Retten mente at selv om straffenivået for narkotikakriminalitet kunne variere i de ulike landene, var det enighet om at narkotika var alvorlig skadelig for samfunnet. Dessuten mente retten at det måtte ligge innenfor statenes skjønnsmargin at graden av straffverdighet av ulike former for narkotikaforbrytelser ble vurdert noe forskjellig i de enkelte land.

I Rt 2000 591 kommer annenvoterende med en viktig og generell uttalelse om forholdsmessighetsvurderingen etter den gamle utlendingsloven som flertallet sluttet seg til: «Videre gjør lovhistorien og reelle hensyn det etter min mening naturlig å tolke §30 tredje ledd slik at det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et ‘uforholdsmessig tiltak’ i lovens forstand. I forlengelsen av dette sistnevnte synspunkt vil jeg understreke at det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger. Jeg tilføyer at en slik forståelse av §30 tredje ledd som en snever unntaksregel når utlendinger har begått meget alvorlig kriminalitet, etter min mening er vel forenlig med EMDs og Høyesteretts praksis etter EMK art.8 nr.2.»⁴⁹ Dette synspunktet er senere flere

⁴⁸ For eks: Rt 1996 551 (s.559), Rt 1996 1510 (s.1517)

⁴⁹ Rt 2000 591 (s.600)

ganger fulgt opp av Høyesterett.⁵⁰ Og i Rt 2005 229 ble også denne forståelsen lagt til grunn for utlendingsloven av 1988 §29 annet ledd. Av Rt 2010 1430 fremgår det at kravet til uvanlig stor belastning ved meget alvorlige forhold gjelder ikke kun for barna, men også for utlendingen selv og andre familiemedlemmer.

I Rt 2005 229 uttaler Høyesterett uttrykkelig om utvisningsvedtaks forhold til straff. Retten viser til at utvisning ikke anses som straff i norsk rett og heller ikke etter EMK. Brudd på utlendingsloven var tema i Rt 2009 534. Der uttalte førstvoterende som talsmann for flertallet at overtredelsene av utlendingsloven måtte sees i et forvaltningsrettslig perspektiv. Videre viste flertallet til at ulovlig innreise, arbeid og opphold uten tillatelse, samt det å gi uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene er forhold som i stor grad rammer de kontrollhensyn som utlendingsloven skal ivareta. Derfor ble disse bruddene på loven betegnet som meget alvorlige forhold. Når det gjaldt momentet om uvanlig stor belastning ved meget alvorlig kriminalitet, mente førstvoterende at varigheten av utvisningsvedtaket var et relevant moment i denne vurderingen.

I Rt 2010 1430 hadde utlendingen blant annet blitt dømt til fengsel i 90 dager, hvorav 30 dager var uten vilkår, for brudd på straffeloven §229 jfr. § 232. Dommen handlet om legemsbeskadigelse med kniv. Retten uttalte følgende generelle poeng: «Det må ved vurderinga leggjast vekt både på strafferamma og på den fastsette straffa.»⁵¹

4.1.2 Utlendingens tilknytning til riket

4.1.2.1 Tilknytning til Norge i forhold til hjemlandet

Utlendingens tilknytning til riket i forhold til tilknytningen til statsborgerlandet var tema i Rt 1996 568. Dommen handlet om en mann fra Pakistan som kom til Norge i en alder av tolv år. Han giftet seg med en pakistansk kvinne og ektefellene fikk fem barn sammen som var født i riket. Hans kone fikk også norsk statsborgerskap senere.

⁵⁰ For eks. Rt 2005 229 (35), Rt 2007 667 (34), Rt 2011 948 (33)

⁵¹ Rt 2010 1430 (81)

Mannen fikk en ubetinget fengselsstraff på fem år og seks måneder for narkotikaovertridelser. Utlendingen hadde hatt en samlet botid på 18 år da utvisningsvedtaket ble effektivt. Overtridelsene av straffeloven ble ansett å være grove. Når det gjaldt vurderingen av hensyn som talte mot utvisning mente retten at det måtte legges vekt på at mannen kom hit i en ganske ung alder, og at han hadde bodd her lenge. På den annen side mente retten at han hadde kontakt med det pakistanske miljøet, og dermed var ikke tilknytningen til Norge så ensidig likevel. Det ble også nevnt at også hans kone og barn hadde tilknytning til pakistansk miljø og livsstil. På bakgrunn av disse vurderingene kom retten til at utvisningsvedtaket ikke var i strid med EMK artikkel 8.

Forholdet mellom tilknytningen til hjemlandet og Norge ble inngående drøftet også i Rt 1998 1795. Saken dreide seg om en mann fra Pakistan, som hadde kone og barn i hjemlandet. Han kom til Norge da han var 13 år gammel, og hadde sin onkel og tante her som hadde fungert som fosterforeldre for mannen. Utlendingen var blitt dømt til fengsel i ett år og to måneder, blant annet på grunn av narkotikaovertridelser. Forholdet ble karakterisert som alvorlig. På den annen side hadde mannen en botid på 17 år i Norge. Høyesterett nevnte som momenter i helhetsvurderingen at mannen hadde beholdt kontakt med familien i Pakistan, at han snakket sitt morsmål og at han var kjent med pakistanske samfunnsforhold. Det ble nevnt at han hadde hele sin familie i Pakistan, bortsett fra hans onkel og tante som han hadde beskjedne kontakt med. Andre momenter var at han hadde en femårig utdannelse fra hjemlandet, og at han hadde hatt langvarige besøk i hjemlandet flere ganger. Samlet sett mente retten at han hadde den vesentligste familietilknytning i Pakistan og at det alvorlige forholdet han var blitt dømt gjorde det berettiget å utvise mannen, selv om han hadde en lang botid og kom til Norge som ganske ung.

I Rt 2005 238 kom Høyesterett med dissens 3-2 til at utvisningsvedtaket var forholdsmessig. Saken gjaldt en kvoteflyktning fra Vietnam som kom til Norge da han var tolv år og ti måneder gammel. Allerede da han var ni år gammel, flyktet han sammen med sin familie fra Vietnam til Malaysia. Førstvoterende som representerte mindretallet kom under sterk tvil til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig. Det momentet som talte størst mot varig utvisning i denne saken var utlendingens

tilknytning til Norge i form av at han hadde kommet til riket i en ung alder. I dommen uttalte førstvoterende som annenvoterende også sluttet seg til, følgende om momentet ung alder ved ankomst til Norge: «Noen absolutt aldersgrense kan heller ikke utledes av høyesterettspraksis, forvaltningspraksis eller praksis av Den europeiske menneskerettsdomstol.»⁵² Dommeren sa videre at ung alder ved ankomst til riket ikke var noen absolutt hinder for utvisning, men at det var et sentralt moment i helhetsvurderingen. Førstvoterende viste til forarbeidene til den gamle utlendingsloven Ot.prp.nr.51 (2003-2004) på side 24 der departementet hadde sagt at det norske samfunnet må ta mer ansvar for de kriminelle handlinger som utføres av utlendinger som kommer til Norge som barn. Men førstvoterende mente at denne uttalelsen fra departementet ikke kunne forstås som at den rokket ved det generelle utgangspunktet om at det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til for å anse utvisning som uforholdsmessig. Både flertallet og mindretallet mente at utlendingen hadde en klar tilknytning til Norge. Det som skilte dem fra hverandre var at flertallet mente at de forholdene som mannen var dømt for måtte betraktes som meget alvorlige, alvorligere enn det mindretallet kom frem til, selv om også mindretallet mente at forbrytelsene måtte betraktes som alvorlige. Utlendingen var dømt for blant annet svært alvorlig voldskriminalitet, deriblant gjengkriminalitet. Han fikk en samlet straff på fengsel i tre år hvorav to år var betinget. Førstvoterende la også vekt på at myndighetene måtte ta hensyn til at utlendingen hadde kommet til Norge som kvoteflyktning med vanskelige opplevelser bak seg og at myndighetene måtte ta ansvar for at unge kvoteflyktninger fikk nok hjelp til å takle sitt nye liv i Norge. Likevel la flertallet mest vekt på alvoret av de forbrytelsene mannen hadde begått. Resultatet ble varig utvisning.

Derimot ble utvisningsvedtaket kjent ugyldig i Rt 2009 546. Den handlet om en borger fra Chile som var dømt for flere forhold, blant annet for grovt ran av en urmakerforretning, grov legemsbeskadigelse, narkotikaforbrytelser samt brudd på utlendingsloven. Han kom til Norge da han var ni år og ni måneder gammel. Hans foreldre og søster var blitt norske statsborgere. Da mannen ble utvist hadde han bodd lovlig i Norge i ca. 12 år. Høyesterett uttalte at det ved så alvorlig kriminalitet måtte svært mye til for at utvisningsvedtaket skulle bli ansett som uforholdsmessig. Det ble

⁵² Rt 2005 238 (33)

ikke lagt vekt på hensynet til utlendingens ektefelle, fordi deres familieliv var blitt etablert etter varsel om utvisningsvedtak. Dermed var det utlendingens eget forhold som var avgjørende. Høyesterett viste til uttalelser fra førstvoterende i ovennevnte sak Rt 2005 238 vedrørende betydningen av lav alder ved ankomst til riket. Videre viste retten til forarbeidene til den nye utlendingsloven . Førstvoterende viste til Ot.prp.nr.75 (2006-2007) på side 292-293 der departementet oppsummerer gjeldende praksis vedrørende utlendinger som kommer til Norge i en ung alder. Praksis viser at personer som kommer til Norge før tolvårsalderen sjelden blir utvist, selv om det finnes eksempler på at personer under ti år har blitt utvist. Førstvoterende uttalte så: « Av større interesse er departementets konstatering av at den klare hovedregel er at det er uforholdsmessig å utvise personer som er oppvokst i Norge og har hatt flere års ubrutt opphold her.»⁵³ Han uttalte at unntaket gjelder hvor utlendingen fortsatt har en sterk tilknytning til hjemlandet. Førstvoterende drøftet deretter mannens bånd til Chile i denne saken, og mente at hans tilknytning til Chile var svært begrenset hensett til at mannen ikke hadde nær familie der og ikke hadde noen bånd til den chilenske kulturen. Dommeren uttalte at han fant avgjørelsen vanskelig, men kom til at vedtaket var uforholdsmessig på bakgrunn av mannens unge alder ved ankomst og hans begrensede bånd til opprinnelseslandet.

Resultatet ble et annet i Rt 2009 1432. Der handlet det om en iransk statsborger som kom til Norge da han var 14 år gammel. Han hadde bodd i Norge i ca. ti år og var dømt for blant annet fengsel i to år for vold og trusler mot sin tidligere kjæreste og for å ha truet et vitne i en straffesak mot ham. Retten så på de kriminelle forholdene som alvorlige. På den annen side hadde mannen kommet til riket i en ung alder og bodd her lenge. Høyesterett viste til uttalelsene om momentet ung alder ved ankomst til landet i den ovennevnte dommen Rt 2005 238. Deretter sa retten at den iranske borgeren som kom til Norge som 14 åring ikke kunne sies å ha hatt sin barndom her i landet. Høyesterett viste også til forarbeidene⁵⁴ til den nye utlendingsloven av 2008, og kom frem til følgende: «Av dette kan man slutte at jo yngre utlendingen er ved ankomst til Norge, jo større vekt skal alderen ha. Samtidig er det rom for å legge vekt på hvilken

⁵³ Rt 2009 546 (44)

⁵⁴ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.293

tilknytning utlendingen har beholdt til hjemlandet»⁵⁵ Den iranske mannen hadde kun vært på besøk i Iran én gang i forbindelse med bestemorens begravelse, og hadde sine to brødre boende her. Det ble også lagt vekt på at mannen hadde en sterk sosial og kulturell tilhørighet til Norge, slik at det ville være vanskelig for ham å etablere seg i hjemlandet. På den annen side mente retten at han også hadde en tilknytning til sitt opprinnelsesland, fordi han hadde bodd der til han var 14 år. Hans tilfellet ble oppfattet som i ytterkanten av hovedregelen om å ikke utvise personer som har vokst opp i Norge og bodd her lenge jfr. uttalelsene i Rt 2009 546 ovenfor som er tatt fra forarbeidene til den nye utlendingsloven.⁵⁶ Resultatet ble at retten mente at utvisningsvedtaket for fem år ikke var uforholdsmessig overfor mannen, da han var dømt for alvorlige forbrytelser. Sammenlignet med Rt 2005 238 om den vietnamesiske kvoteflyktingen, mente retten at den iranske statsborgeren var noe eldre da han kom til riket og da han begikk de straffbare handlingene, slik at dommen ikke kunne tilsi at vedtaket mot ham var uforholdsmessig. Saken ble også sammenlignet med Rt 2009 546 og retten kom til at det var stor forskjell på alderen ved ankomst til Norge i disse to sakene, slik at tilknytningen til opprinnelseslandet var forskjellig.

Et eksempel på en dom hvor utvisningsvedtaket ble ansett uforholdsmessig på bakgrunn av utlendingens tilknytning til Norge og en mindre alvorlig forbrytelse er LB-2003-185. Dommen handlet om en kvinne fra Chile som ble dømt til fengsel i 45 dager og fikk en bot på 5000kr for blant annet kjøp, salg og befatning med mindre mengder av hasj og amfetamin. Kvinnen hadde en botid i riket på syv år, og var kommet til landet som 36-åring. Hun hadde hverken barn eller ektefelle på sakstidspunktet. Likevel mente lagmannsretten at hun hadde sitt sosiale nettverk i det vesentlige i Norge, slik at det ville bety en betydelig belastning for henne å bli utvist for fem år. På bakgrunn av det mindre alvorlige forholdet og hennes tilknytning til riket kom retten til at vedtaket var uforholdsmessig.

⁵⁵ Rt 2009 1432 (43)

⁵⁶ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 293

4.1.2.2 Familiemedlemmer i Norge

I Rt 1996 551 handlet det om en colombiansk statsborger, som hadde bodd i Norge i 19 år. Han var samboer med en norsk kvinne, og de hadde tre barn sammen. Mannen var blant annet dømt til syv års ubetinget fengsel for ulovlig innførsel av narkotika. Han fikk ikke medhold i at retten til familieliv etter EMK artikkel 8 var krenket.

Da saken for Høyesterett ble prosedert sammen med Rt 1996 561 og Rt 1996 568, på det samme rettskildemessige grunnlaget, ble de generelle rettsspørsmål avklart i denne dommen. Det ble i dommen sagt at i alle disse tre sakene representerte utvisningsvedtakene et inngrep i rettighetene som fulgte av EMK artikkel 8 første ledd, med mindre de kunne rettferdiggjøres etter artikkelens annet ledd. Høyesterett uttalte at retten til familieliv ville veie tyngst hvis resultatet av en utvisning ville føre til at familien ble delt. Likevel slik at familiemedlemmenes ønske om å bli i Norge og deres kulturelle problemer, ville tillegges betydning, selv om det var en mulighet for familien til å flytte til hjemlandet. I denne saken konkluderte førstvoterende slik: «Det må legges til grunn at familien kan bli splittet når utvisningen iverksettes. Men veiet opp mot de alvorlige straffbare forhold A er dømt for, kan hans og familiemedlemmenes rett til familieliv ikke være utslagsgivende.»⁵⁷

Den samme konklusjonen hadde Høyesterett i Rt 1996 561. Den gjaldt en tyrkisk statsborger som kom til Norge tolv år gammel. Utlendingen hadde vært i Norge i ca 20 år og var gift med en tyrkisk kvinne. De hadde fire barn sammen, som alle var født i Norge. Det yngste barnet var ett år gammelt. På bakgrunn av blant annet ulovlig innførsel av narkotika, ble mannen dømt for ubetinget fengsel i ti år. De straffbare handlingene ble karakterisert som meget alvorlige av Høyesterett. Retten sa at utvisning ville ramme alle familiemedlemmene hardt. På den annen side mente retten at de var fortrolige med tyrkisk språk og kultur. Selv om utvisning skulle bety at familien ble splittet, mente retten at det likevel ikke forelå et brudd på EMK artikkel 8, da det straffbare forholdet i saken var av en svært alvorlig og samfunnsskadelig art.

Også i Rt 2000 591 var det tungtveiende argumentet mot utvisning, hensynet til familiemedlemmene. En polsk statsborger fikk en straffedom med ubetinget fengsel i to

⁵⁷ Rt 1996 551 (s.560)

år for blant annet utuktig omgang med datteren sin og med samboerens to barn fra tidligere ekteskap. Han ble utvist med varig innreiseforbud etter 12 års botid i Norge. Det var dissens tre mot to. Førstvoterende som representerte mindretallet la til grunn at familien ville bli splittet, og at kona og barna ville bli så hardt rammet at det ville være uforholdsmessig å utvise den straffedømte faren, selv om han hadde begått alvorlige sedelighetsforbrytelser overfor barna. Annenvoterende som fikk støtte av én dommer, var enig i at en utvisning av faren ville bety store belastninger for ektefellen og barna. Men han mente at dette ikke kunne veie opp for det alvorlige forholdet i saken. Dommer Bugge hadde en annen begrunnelse for å utvise utlendingen. Han mente at domstolene burde være tilbakeholdne med å underkjenne avveininger som var blitt tatt av forvaltningen, og kom frem til at utvisningsvedtaket burde stå. Resultatet ble utvisning.

Hensynet til familiemedlemmene var også sentral i Rt 2010 1430. Den handlet om en kurdisk mann som ble utvist for fem år på bakgrunn av lengre tids ulovlig opphold og arbeid uten tillatelse. I tillegg var han dømt til fengsel i 90 dager for legemsbeskadigelse. Høyesterett mente at alle de kriminelle handlingene var alvorlige, og særlig alvorlig var bruddet på utlendingsloven da det i stor grad rammet de kontrollhensyn som utlendingsloven skal ivareta. Den tilknytningen han hadde fått til Norge var i høy grad basert på ulovlig opphold, slik at dette hensynet ikke kunne føre til at vedtaket ble uforholdsmessig i forhold til ham selv. Det forelå altså ikke uvanlig stor belastning i forhold til mannen. Han hadde også kone og tre barn. I forhold til ektefellen og de to eldste barna forelå det heller ikke uvanlig stor belastning, da de i flere år hadde bodd i Tyrkia uten faren. Retten mente derfor at familielivet kunne opprettholdes ved at ektefellen og barna kunne reise til Tyrkia dersom de ønsket det. Det minste barnet hadde en alvorlig og kronisk grad av barneautisme. Retten mente at det ikke var en uvanlig stor belastning overfor henne at faren ikke kunne støtte henne i løpet av de fem årene han ville bli utvist. Høyesterett mente at det var mulig for familien å reise til Tyrkia for å besøke faren til barna. Det ble nevnt at EMK artikkel 8 ikke var krenket da den kun vernet utvisning av utlendinger med lovlig opphold.

4.1.2.3 Tidspunktet for etablering av familieliv

I den ovennevnte dommen Rt 2009 546 om den chilenske borgeren som fikk medhold i at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig, ble det ikke lagt vekt på hensynet til mannens ektefelle og barn. Dette skyldtes at deres familieliv ble etablert etter at de hadde fått kjennskap til utvisningsvedtaket. Dermed var det kun mannens egen tilknytning til Norge som ble avgjørende i saken. Det samme standpunktet ble gjentatt i Rt 2009 1432, som også er referert ovenfor. Også i denne dommen ble utlendingens egen tilknytning til riket det sentrale momentet som talte mot utvisning. Høyesterett uttrykte: «Ekteskap som er inngått etter at det er gitt varsel om utvisningsvedtak vil normalt ikke tillegges betydning i forholdsmessighetsvurderingen...»⁵⁸ Denne regelen kan sies å være viktig for at man skal unngå at utlendinger stifter familie kun i håp om at de ikke skal bli utvist.

Et annet eksempel på at ekteskap etter kunnskap om utvisningsvedtak ikke ble tillagt vekt er LB-2008-195078. Den handlet om en kinesisk kvinne som fikk oppholdstillatelse i Norge for å studere. Det viste seg at hun hadde forfalskede utdanningspapirer fra hjemlandet, slik at den midlertidige tillatelsen som ble gitt bygget på falske dokumenter. Lagmannsretten karakteriserte bruddet på utlendingsloven som meget alvorlig. Jenta hadde ingen slektninger i Norge, kun en ektefelle som var norsk statsborger. Retten kunne imidlertid ikke legge vekt på forholdet til ektefellen og samlivet med ham, fordi deres ekteskap var inngått etter at utvisningsvedtak ble fattet. Vedtaket var dermed ikke uforholdsmessig.

4.1.2.4 Muligheten for fortsettelse av familielivet i hjemlandet

Rt 1995 72 gjaldt utvisning av en far som var dømt til fengsel i tre år for blant annet voldtekt overfor sin 16 år gamle datter. Faren hadde en oppholdstid på ca. 20 år i Norge. Han var gift og hadde seks barn, hvorav fire var født i riket. Retten kom til at utvisningen ikke var i strid med EMK artikkel 8. Det viktigste hensynet som talte mot utvisning var hensynet til ektefellen og barna. Dommeren uttalte følgende om familiesplittelse generelt etter EMK artikkel 8 første ledd: «Det har ikke vært ansett som noen familiesplittelse hvis det ikke vil være urimelig å forvente at den utvistes

⁵⁸ Rt 2009 1432 (28)

ektefelle og barn kan følge med til utlandet...»⁵⁹Førstvoterende uttalte også at selv om faren hadde en lang botid i landet var de straffbare forhold i saken så grove, at det var uten tvil et sterkt grunnlag av Utlendingsdirektoratet og Justisdepartementet å utvise ham, selv om retten da selvfølgelig ikke overprøvde forvaltningens frie skjønn i denne saken. Det avgjørende i saken var imidlertid at retten kom til at moren og barna var så lite integrerte i det norske samfunnet, slik at det ikke ville være urimelig å forvente at familien kunne gjenforenes i hjemlandet dersom de skulle ønske det. Her la retten vekt på at moren hadde dårlige kunnskaper i norsk språk. Barna kunne snakke morsmålet, men de kunne ikke skriftspråket i hjemlandet. Videre ble det lagt vekt på at familien hadde praktisert sin religion og kultur. Samlet kom retten til at tilknytningen til Norge ikke var særlig sterk, slik at det ikke ville volde store problemer for familien å bosette seg i hjemlandet, og at dette ikke ville kunne veie opp for de sterke offentlige hensyn i å utvise en utlending som hadde begått svært alvorlige forbrytelser.

4.1.2.5 De involvertes helsetilstand

Rt 1996 1510 gjaldt en pakistansk borger som kom til landet som 16 åring. Han giftet seg med en kvinne og de fikk to barn sammen på ett og fem år, hvorav den eldste hadde helseproblemer. Mannen ble varig utvist med dissens 3-2 i Høyesterett.

Den pakistanske borgeren var idømt en straff på fengsel i ti år for oppbevaring og omsetning av heroin, noe som ble sett på som svært alvorlig av alle dommerne i retten. Det ene barnet hadde store plager med astma, eksem og allergi. I denne saken var de viktigste forholdene som talte mot utvisning hensynet til familien, det vil si ektefellen og de to små døtrene til utlendingen. Førstvoterende som var talsmann for flertallet, uttalte at den syke datteren hadde store problemer med sin helse og at hun hadde behov for ekstra omsorg. Noe som igjen ville være særlig belastende for moren som alenemor, hvis hennes ektemann ble utvist. Videre la dommeren til grunn at familien ville bli splittet, dersom mannen ble utvist, siden det var usannsynlig at moren og barna ville flytte til Pakistan blant annet hensett til den syke datterens tilstand. Flertallet kom likevel til at hensynet til moren og barna ikke kunne føre til ugyldighet av det varige utvisningsvedtaket, på grunn av det alvorlige straffbare forholdet i saken.

⁵⁹ Rt 1995 72 (s.80)

Mindretallet med annenvoterende som talsmann, mente at hensynet til familien og et pleietrengende barn måtte være avgjørende på grunn av de store belastningene som familien ville få ved en utvisning av familiefaren.

Et annet eksempel på en dom hvor helsen til ett av de involverte partene stod sentralt er Rt 2007 667. Dommen gjaldt en far fra Kosovo som hadde vært involvert i en narkotikaforbrytelse og fått fem års fengsel i straff. Hans ektefelle og to av barna var blitt norske statsborgere. Den eldste av de tre barna hadde diagnosen schizofreni. Denne syke sønnen var 27 år gammel og gift. I tillegg hadde han to små barn og bodde i samme hus som sine egne foreldre. Det ble sagt at en utvisning ville påvirke den straffedømtes ektefelle, likevel slik at det var hensynet til den syke sønnen som var det mest vektige momentet mot utvisning. Den schizofrene sønnen var blitt tvangsinnlagt ved psykiatrisk sykehus etter psykotisk gjennombrudd i 2002. Høyesterett uttalte videre at faren hadde spilt en meget aktiv rolle ved at han hadde tatt med seg sønnen hjem, i en tid da han fortsatt hadde behov for tilsyn og pleie. De første månedene etter at sønnen ble tatt med hjem, måtte hans far hjelpe ham med alt. Av ting som han måtte gjøre var å holde sønnen fast når han ble aggressiv, forfølge ham hvis han gikk ut, og holde kontakten med helsepersonell. Retten nevnte videre at den syke sønnens psykolog hadde gitt uttrykk for at stabilitet i alle forhold var viktigere for schizofrene enn for andre, og at selv små endringer kunne føre til tilbakefall. Domstolen sa også at sykdommen antakelig ville bli forverret som følge av en utvisning. På den annen side viste retten til at den syke sønnen hadde fortsatt sin ektefelle dersom far skulle bli utvist og mor skulle velge å følge ham til hjemlandet. Retten mente at i følge pasientjournalene gikk det fremover med den syke sønnens helse når det ble vurdert over lengre tid, selv om det var tilbakeslag underveis. I tillegg viste Høyesterett til at da faren hadde oppholdt seg utenlands i ca. et halvt år, viste pasientjournalene at sønnen følte seg bra i denne perioden. På denne bakgrunn mente retten at utvisning av faren til den schizofrene sønnen ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor de nærmeste familiemedlemmene.

4.1.2.6 Graden av integrering i det norske samfunnet

Graden av utlendingens integrering i det norske samfunnet var ett av de sentrale momentene i LB-2010-118487. Saken gjaldt en tyrkisk mann som kom til Norge da han var 12 år og tre måneder gammel. Han ble dømt til fengsel i fire år for narkotikaforbrytelser. Det straffbare forholdet ble ansett som alvorlig og lagmannsretten bemerket i samsvar med praksis fra Høyesterett, at det ved alvorlig kriminalitet skal svært mye til før en utvisning vil bli sett på som uforholdsmessig. Det ble lagt vekt på at mannen kom til riket i en ung alder, at han hadde en botid på 21 år og at hans far og bror bodde i Norge. Likevel kom retten til at utvisningsvedtaket mot ham ikke var uforholdsmessig. Her ble det lagt vekt på at mannen hadde nær familie i Tyrkia og at han hadde reist dit ti ganger i den tiden han hadde bodd i riket, selv om det stort sett dreide seg om kortere ferieturer. Lagmannsretten mente på denne bakgrunn at det tyrkiske samfunnet ikke var ukjent for ham. Videre viste retten til at vedkommende var bare i sporadisk arbeid da han fylte 18 år, blant annet i barnehage og som avisbud. At han etter hvert jobbet som lossearbeider og at han en gang hadde opprettet eget transportfirma. Dette mente lagmannsretten ikke var nok for å si at mannen hadde en sterk tilknytning til riket gjennom arbeidslivet. Resultatet ble varig utvisning. Anke til Høyesterett ble nektet.

Et annet eksempel på en dom der ett sentralt moment var utlendingens manglende integrasjon er LB-2010-173468. Dommen handlet om en pakistansk mann som ble dømt til fengsel i 21 dager og fikk en bot på 5000kr for å ha truet sin tidligere ektefelle med livet flere ganger over tid. Dette forholdet ble av lagmannsretten bedømt som alvorlig siden det handlet om trusler i nære relasjoner. Mannen var ikke gift og hadde ikke barn. Følgelig var det hensynet til ham selv som talte mot utvisning. I den forbindelse la retten vekt på at mannen hadde kommet til Norge i en alder av 19 år, slik at han hadde hatt sin oppvekst i Pakistan. Det ble vist til at han hadde sine foreldre og en bror boende her. Men på den annen side hadde han også mye familie i hjemlandet. Retten mente at selv om han hadde en botid på ni år i Norge og hadde vært i arbeid virket det ut fra bevisførselen som at mannen ikke var særlig godt integrert i det norske samfunnet. Retten fant at hans tilknytning til Norge ikke var sterkere enn til Pakistan, og mente derfor at det ikke var uforholdsmessig å utvise ham for fem år.

4.1.3 Særlig om barnets beste

Et eksempel på en Høyesterettsdom hvor hensynet til barnas beste har vært det avgjørende momentet som talte mot utvisning er Rt 2005 229. Dommen handlet om en mann fra Pakistan som var blitt dømt til fengsel i åtte måneder for medvirkning til dokumentfalsk og legemsfornærmelse av sin nevø. Han hadde en kone som var norsk statsborger med pakistansk opprinnelse som også var dømt for vold mot nevøen. De hadde tre barn født i Norge. Den yngste var fire år gammel. Det straffbare forholdet ble av Høyesterett karakterisert som alvorlig kriminalitet. Men det ble lagt vekt på at de kriminelle forholdene virket som situasjonsbetingede engangsforhold. Samt at mannen for øvrig fungerte godt i det norske samfunnet. Videre ble det slått fast at familien ville bli splittet som følge av en utvisning av familiefaren, og at moren ville ikke kunne fungere godt som alenemor. Det som var det mest tungtveiende momentet mot utvisning av familiefaren, var hensynet til barna. De hadde allerede to ganger måttet oppleve å bli skilt fra sine foreldre da de var varetektsfengslet og under soningen. Dette hadde i følge familiens fastlege fått en stor negativ påvirkning på barna. Dermed kom retten til at ytterligere atskillelse ville føre til uvanlig store belastning for barna, slik at det ville være uforholdsmessig å opprettholde utvisningsvedtaket med to års innreiseforbud. Men vel å bemerke at førstvoterende som alle dommerne var enige med, uttalte at han hadde funnet avgjørelsen vanskelig.

Et annet eksempel hvor hensynet til barnets beste stod sentralt er Rt 2009 534. Dommen handlet om en kvinne fra Den dominikanske republikk som flere ganger hadde brutt utlendingsloven blant annet ved å ha reist inn til Norge i strid med et innreiseforbud, gitt uriktige opplysninger om seg selv, oppholdt seg ulovlig og jobbet ulovlig i riket. Resultatet av dommen ble opprettholdelse av utvisningsvedtaket for to år, men det var dissens 3-2 i Høyesterett. Førstvoterende som flertallet sluttet seg til karakteriserte bruddet på utlendingsloven som meget alvorlig kriminalitet da handlingene rammet i stor grad de kontrollhensyn som utlendingsloven skal ivareta. Annenvoterende som hadde mindretallet bak seg mente også at kriminaliteten var alvorlig, men ikke like alvorlig som det flertallet la til grunn. Kvinnen hadde fra et tidligere samboerforhold fått to døtre på fem og seks år. Etter en barnefordelingssak fikk faren til jentene den daglige omsorgen, mens moren fikk samværsrett med jentene. Førstvoterende viste til

tidligere praksis⁶⁰ fra Høyesterett og uttalte at det ved meget alvorlig kriminalitet kreves uvanlig store belastninger for at utvisningsvedtaket skal sies å være uforholdsmessig overfor barna. Flertallet kom til at det ikke forelå uvanlige store belastninger for barna ved en utvisning av moren, siden de hadde en far som var godt egnet til å passe på dem. Mindretallet mente at barna var små og sårbare. Moren var den andre viktige personen i deres liv, og den tilknytningen som barna hadde fått til mor måtte føre til at det ikke ville være til jentenes beste å holde ved utvisningsvedtaket.

I Rt 2009 705 handlet det om en polsk statsborger som var dømt for en rekke straffbare forhold, blant annet for gjentatt og alvorlig narkotikakriminalitet. Han var gift med en norsk statsborger og sammen hadde de en datter som var tolv og et halvt år gammel. Høyesterett uttalte at forholdsmessighetsvurderingen for borgere av EØS og for borgere av ikke EØS land var den samme. Det ble vist til tidligere rettspraksis⁶¹ og sagt at ved alvorlig narkotikakriminalitet kreves det mye før en utvisning vil bli sett som et uforholdsmessig tiltak. Videre ble det vist til ovennevnte dom Rt 2009 534, i forbindelse med kravet om uvanlig store belastninger. Vedtaket ble ikke sett på som uforholdsmessig verken overfor utlendingen selv eller hans kone, da de hadde tilknytning til Polen. Når det gjald datteren deres, kunne ikke det forhold at hun var sterkt knyttet til sin far være nok for å anse utvisningsvedtaket som uforholdsmessig overfor henne. Høyesterett kom til at det ikke forelå uvanlig tyngende belastninger for barnet, da hun fortsatt kunne bo med sin mor og overholde kontakten med far.

I Rt 2011 948 handlet det om en kvinne fra Kosovo som hadde oppholdt seg ulovlig i landet uten oppholdstillatelse i ca. ett år, arbeidet i ett år uten arbeidstillatelse og som hadde reist ulovlig inn til Norge. Hun hadde to sønner hvorav den yngste var fire år gammel. Retten uttalte at kravet om uvanlig store belastninger var knyttet til saker der det forelå meget alvorlige kriminelle forhold. Videre uttalte retten at selv om innreise, opphold og arbeid uten tillatelse var sentrale forhold etter utlendingsloven, var ikke disse ulovlige handlingene det som i størst grad rammet de kontrollhensyn som fulgte av loven. Dessuten ble det uttalt at det måtte være rom for en konkret vurdering av i

⁶⁰ Rt 2000 591, Rt 2005 229

⁶¹ Rt 2007 667 (34)

hvilken grad myndighetenes arbeid hadde blitt vanskeliggjort ved utlendingens brudd på utlendingsloven. Når det gjaldt den konkrete saken, hadde kvinnen kommet med opplysninger til myndighetene som hadde lettet deres arbeid. Det ble også tatt stilling til hvorvidt utlendingens subjektive forhold ville kunne spille inn. Ved de objektive grunnvilkårene for utvisning var det ikke rom for subjektive forhold, mens ved forholdsmessighetsvurderingen kunne dette komme inn. I denne konkrete saken kom retten til at kvinnen ikke hadde opptrådt forsettlig da hun fortsatte å arbeide uten tillatelse.

Utlendingsforskriften §14-1 ble endret den 23.august 2010. En måned før endringen av utlendingsforskriften ble Utlendingsnemnda instruert om å pålegge politiet å vente med iverksettelse av utvisningsvedtak som ville blitt berørt av den nye regelen, dersom den hadde trådt i kraft da vedtak om utvisning ble fattet i disse sakene. Endringen i utlendingsforskriften §14-1 var at det fra nå av ikke skulle bli utvisning i saker hvor utlendingen hadde barn i riket og der overtredelsen gjaldt ulovlig opphold og arbeid inntil to år. Tidligere gjaldt dette kun for ulovlig opphold inntil to år. Det skal altså i slike tilfeller ikke foretas en vurdering av barnas interesser mente retten. Selv om kvinnens sak ikke falt inn under endringene av utlendingsforskriften, sa retten at de nye reglene ville spille in på vurderingen av alvoret i hennes overtredelser av utlendingsloven. På bakgrunn av de nye reglene mente Høyesterett at det å jobbe ulovlig i to år ikke kunne karakteriseres som særlig alvorlig brudd på loven ved forholdsmessighetsvurderingen. Videre uttalte retten: «Det kan heller ikke være slik at enhver overtredelse utover den ramme som nå omfattes av forskriften, med rimelighet kan betegnes som en så grov overtredelse av loven at den forholdsmessighetsvurdering loven gir anvisning på, bare helt unntaksvis kan falle ut i favør av utlendingen og/eller dennes nærmeste.»⁶² Dermed ble forholdet i denne saken ansett som et mindre alvorlig brudd på utlendingsloven, og da var det ikke krav om uvanlig store belastninger for at utvisningsvedtaket skulle kunne ansees som uforholdsmessig. Kvinnen hadde kommet til Norge da hun var 18 år gammel og både hensynet til hennes samboer og henne selv var ikke sterke nok til å si at utvisning ville bli uforholdsmessig. Det sentrale hensynet mot utvisning var hensynet til hennes to små barn. De var begge født i Norge og

⁶² Rt 2011 948 (51)

snakket kun norsk. Det ble lagt vekt på at den primære omsorgsgiveren til barna hadde vært moren og at en adskillelse fra henne ville få store negative konsekvenser for barna. På bakgrunn av disse opplysningene fra psykolog Wie, og tatt i betraktning de nye reglene som gjaldt på tidspunktet for dommen, selv om de ikke gjaldt direkte for kvinnen i hennes sak, kom retten til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig overfor de to små guttene.

4.1.4 Vurdering av praksis fra Høyesterett

Det må minnes på at momentene ovenfor utgjør bare en del av den helhetsvurderingen som ble foretatt i de gjennomgåtte dommene. Kategoriseringen ovenfor viser hva som var de sentrale momentene i de enkelte sakene.

I tråd med Ot.prp.nr 75 (2006-2007) kommer flertallet i Rt 2009 534 til at ulovlig innreise, opphold og arbeid uten tillatelse samt det å gi uriktige opplysninger er forhold som i høy grad bryter utlendingsmyndighetenes kontrollmulighet. Rt 2010 1430 viser på samme måte ved å vise til Rt 2009 534 at ulovlig opphold og arbeid er veldig alvorlige brudd på utlendingsloven. Men i Rt 2011 948 uttrykker retten at ulovlig arbeid og opphold og innreise ikke er de forhold som i størst grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta. Høyesterett mener at disse forhold er sentrale forhold som reguleres av utlendingsloven, men at det er forhold som det å gi uriktige opplysninger, bruke falske dokumenter og unnlatelse av å oppgi identitet som i størst grad rammer kontrollhensyn loven skal ivareta. Det Høyesterett gir uttrykk for i dommen fra 2011 er noe som ikke stemmer med det som er sagt i forarbeidene til den nye utlendingsloven og de to ovennevnte høyesterettsdommene. Retten i Rt 2011 948 mener videre at avgjørelsene i de to ovenfor nevnte dommene er konkret begrunnet. Hvis man derimot

leser dem virker det som at de tar utgangspunkt i uttalelsene i forarbeidene og ut i fra dem begrunner hvorfor forholdet rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta og derfor anses som grove. Altså virker det mer som et generelt standpunkt om at den type overtredelser er grove. Det virker som at Høyesterett i dommen fra 2011, går bort fra de tidligere uttalelsene om hva som ble regnet som alvorlige brudd på utlendingsloven, for å kunne tilpasse seg endringen av utlendingsforskriften §14-1.

I flere dommer uttaler Høyesterett at det ved meget alvorlig kriminalitet skal uvanlig store belastninger til for at utvisningsvedtak skal karakteriseres som uforholdsmessig. Dette er helt gjennomgående i Høyesteretts praksis og er også lagt til grunn i den siste dommen fra 2011. Vi har sett at selv klare tilknytningshensyn som taler mot utvisning ikke er tilstrekkelig for å anse utvisning som uforholdsmessig ved meget alvorlige forbrytelser jfr. Rt 2005. 238 om den vietnamesiske kvoteflyktningen som forlot hjemlandet som niåring. Det er ikke nok at man har kommet som 14 åring til Norge og tilegnet seg en sterk kulturell og sosial tilhørighet til landet for å unngå utvisning, hvis man har utført alvorlige kriminelle handlinger jfr. Rt 2009 1432 om mannen fra Iran.

På den annen side kom Høyesterett i Rt 2009 546 til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig, selv om det var meget alvorlig kriminalitet som begrunnet utvisning i saken. Men man kan også merke seg at førstvoterende som de øvrige dommerne sluttet seg til mener at han har funnet avgjørelsen vanskelig. Dette er ett av de dommene hvor Høyesterett har funnet vedtaket uforholdsmessig og hvor det dreier seg om meget alvorlig kriminalitet. Den andre er Rt 2005 229 hvor retten kommer under tvil til at det foreligger uvanlig store belastninger for barna. I denne saken mente retten at det var tale om alvorlige forbrytelser. Men retten la også vekt på at de straffbare forhold virket som et situasjonsbetinget engangstilfelle og på at den dømte for øvrig fungerte godt i samfunnet, slik at det ikke forelå gjentakelsesfare.

Den siste av de tre dommene fra Høyesterett hvor utvisningsvedtaket ble funnet uforholdsmessig er Rt 2011 948. Her ble som sagt synet på hva som var alvorlig brudd på utlendingsloven endret. Dermed forelå det ikke meget alvorlig kriminalitet og det var ikke krav om uvanlig store belastninger for barna, for at utvisningsvedtaket skulle kjennes ugyldig. Dette viser at det da er kun to Høyesterettsdommer av de totalt 16 dommene vi har gjennomgått hvor utvisning av utlendingen ble ansett uforholdsmessig

ved meget alvorlig kriminalitet. Man kan også merke seg at i den ene saken var det straffbare forholdet karakterisert som situasjonsbetinget samt at retten mente avgjørelsen var vanskelig, mens i den andre saken fant retten utvisningsvedtaket uforholdsmessig under tvil. Dette viser at det føres en veldig streng praksis vedrørende utvisning av utlendinger som har begått alvorlige forbrytelser. Når det gjelder overtredelser av utlendingsloven blir det spennende å se hvordan rettspraksis vil utvikle seg etter dommen fra 2011 der det kom et annet syn på forhold som tidligere ble bedømt som alvorlige brudd på utlendingsloven.

4.2 Praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen

4.2.1 Forholdets alvor

Domstolen uttalte følgende om narkotikakriminalitet i C v. Belgium Application no.21794/93: « In the light of the ravages of drugs among the population, and especially among young people, it is not surprising that the authorities show great firmness with regard to those who actively contribute to the spread of this scourge». ⁶³ Dette kan tolkes som at domstolen tillater medlemsstatene å føre en streng vurdering når det gjelder utvisning av personer som aktivt har vært med på å spre narkotika i befolkningen.

I saken Maslov v. Austria Application no.1638/03 hadde utlendingen begått en rekke lovbrudd da han var mellom 14 og 15 år gammel. Retten uttalte seg slik om kriminalitet begått av ungdommer: «...when assessing the nature and seriousness of the offences committed by an applicant, it has to be taken into account whether he or she committed them as a juvenile or as an adult...» ⁶⁴ Om utlendingen var mindreårig da de straffbare handlingene ble begått er altså et relevant moment etter den europeiske menneskerettsdomstolens praksis.

I den samme dommen uttaler EMD seg slik når det gjelder forholdet mellom alder ved ankomst til vertslandet og det kriminelle forholdets grad av alvorlighet: «In short, the Court considers that for a settled migrant who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country very serious reasons are required to

⁶³ C v. Belgium (35)

⁶⁴ Maslov v. Austria (72)

justify expulsion.»⁶⁵ Dette stemmer godt med det som følger av forarbeidene og praksis fra Høyesterett gjennomgått ovenfor.

Maslov v. Austria er en avgjørelse av EMD i storkammer, den handlet om en bulgarsk borger som kom til Østeriket sammen med sine foreldre og søsken da han var seks år gammel. Da han var mellom 14 og 15 år gammel begikk han flere forbrytelser for å få penger til sitt eget forbruk av rusmidler. Blant de kriminelle handlingene var flere skjerpene innbrudd mens han var medlem av en gjeng, ulovlig bruk av et kjøretøy, pengeutpressing, og legemsfornærmelse. Totalt fikk mannen en straff av ubetinget fengsel i to år og ni måneder. Domstolen mente at mannens forbrytelser var med ett unntak av dytting og spark av en jevnaldrende mindreårig, av en ikke voldelig karakter. Dessuten la retten vekt på at handlingene var begått da utlendingen var ganske ung. Domstolen viste til at ved ungdomskriminalitet måtte myndighetene legge til rette for utlendingers muligheter til å reintegrere seg i samfunnet. Dette er også i samsvar med rettspraksis fra Høyesterett og uttalelser i forarbeidene til den nye utlendingsloven gjennomgått ovenfor. Videre talte det mot utvisning at mannen ikke hadde vært innblandet i noe kriminelt etter den siste forbrytelsen han var blitt dømt for. Det er ett gjennomgående moment i domstolens praksis å se hen til om utlendingen har begått noe kriminelt etter det siste lovbruddet vedkommende har blitt straffet for. Dessuten mente retten at mannen hadde sin sosiale tilhørighet i Østeriket, hvor hans nærmeste familie bodde. Samlet kom domstolen med 16 mot 1 stemme til at det forelå brudd på EMK artikkel 8, da utvisningen ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn.

4.2.2 Tilknytning til vertslandet

Det er som sagt i det vesentlige de samme momentene som brukes i vurderingen av om et inngrep i familielivet er nødvendig i et demokratisk samfunn etter EMK artikkel 8 nr.2 som i vurderingen av om et inngrep er uforholdsmessig etter utlendingsloven.

⁶⁵ Maslov v. Austria (75)

4.2.2.1 Tilknytning til hjemlandet i forhold til vertslandet

I saken *Moustaquim v. Belgium* Application no.12313/86 ble det lagt stor vekt på at utlendingen kom til Belgia da han var under to år gammel. Denne dommen handlet om en mann fra Marokko som kom til Belgia sammen med sin mor for å gjenforenes med faren som allerede bodde i landet. Tre av hans syv søsken var født i landet. Den marokkanske mannen hadde flere ganger siden han var mindreårig begått kriminelle handlinger som blant annet tyveri, ran, alvorlig hærverk og overfall av en mindreårig jente over 16 år ved bruk av vold. Domstolen mente at forbrytelsene utlendingen hadde begått var skadelig for den offentlige orden og at staten hadde en interesse i å beskytte samfunnet. På den andre siden hadde mannen hele sin nære familie i Belgia, og hadde bodd i landet i 20 år. Kun to ganger hadde han besøkt Marokko i forbindelse med ferie. Retten la også vekt på at utlendingen hadde hatt all sin utdanning i Belgia. Et annet moment som ble vektlagt var at mannen hadde hatt en lang periode uten noen kriminell handling etter at han sist ble dømt og fram til utvisningsvedtaket. I tillegg la domstolen vekt på at det var tale om ungdomskriminalitet. Etter en helhetsvurdering kom EMD til at det ikke forelå en rimelig balanse mellom hensynet til utlendingens familieliv og hensynet til å beskytte samfunnet mot flere lovbrudd fra mannens side. Dermed mente flertallet at utvisningen ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn og at EMK artikkel 8 nr. 1 var krenket. Det var dissens 7-2. De dissenterende dommerne mente at mannen ikke var så nær sin familie som flertallet hadde lagt til grunn og at graden av alvorret i forbrytelsene var alvorligere enn det de hadde kommet til.

En annen dom fra menneskerettsdomstolen hvor det sentrale momentet var utlendingens tilknytning til vertslandet i forhold til opprinnelseslandet er *C v. Belgium* Application no.21794/93. Denne handlet om en marokkansk mann som kom til Belgia sammen med sine foreldre og fire søsken i en alder av elleve år. To av søsknene hans flyttet senere til Luxembourg. Han bodde sammen med sin gjenværende familie i vertslandet. I tillegg hadde han en sønn fra et ekteskap med en marokkansk kvinne, som han senere skilte seg fra. Barnet ble tatt hånd om av mannens slektninger i Luxembourg etter en avtale med moren. Mannen var dømt til syv års fengsel for narkotikaforbrytelser. Dommen ble senere senket til fem års fengsel. Ved vurderingen av om utvisningen var nødvendig i et demokratisk samfunn la retten vekt på at mannen hadde kommet til Belgia da han kun var elleve år gammel, at han hadde gått på skole der, og at han hadde jobbet som

taxisjåfør. Retten mente derfor at han hadde en real tilknytning til vertslandet. På den annen side la domstolen vekt på at mannen ikke hadde søkt om belgisk statsborgerskap, at han hadde gått på skole i hjemlandet før han kom til Belgia og at han hadde kjennskap til det arabiske språket. Det talte også for utvisning at han hadde giftet seg med en Marokkansk kvinne i hjemlandet og at de senere skilte seg der. Domstolen mente at han derfor hadde bevart en betydelig tilknytning til statsborgerskapslandet. Domstolen mente også at utvisning i dette tilfellet ikke ville være så inngripende som i de tilfeller hvor utlendingen ble født i vertslandet eller kom til landet i en enda yngre alder.

Det ble lagt stor vekt på at det kriminelle forholdet i saken var alvorlig, da utlendingen hadde medvirket ved salg av mer enn 17 kilogram cannabis. Følgelig konkluderte EMD med at utvisning ikke var et uforholdsmessig inngrep.

Üner v. The Netherlands Application no.46410/99 er en storkammeravgjørelse som gjaldt en tyrkisk statsborger som kom til vertslandet som tolvåring, sammen med sin mor og to søsken for å gjenforenes med familiefaren som allerede bodde i Nederland. Den tyrkiske mannen ble dømt til syv års fengsel for drap av en mann og legemsbeskadigelse av en annen. På bakgrunn av dette fattet myndighetene vedtak om utvisning for ti år. EMD betraktet forbrytelsene som svært alvorlige. Mannen var samboer med en nederlandsk kvinne og de hadde to sønner. Hver uke besøkte samboeren og barna faren i fengselet. Domstolen mente at mannen hadde en sterk tilknytning til vertslandet, blant annet fordi han hadde stiftet familie der, hadde kommet til landet i en ung alder og bodd i landet i 17 år. På den annen side mente retten at familien ikke hadde bodd sammen i en lengre periode på grunn av mannens fengselsopphold, og at mannen måtte fortsatt ansees å ha en viss tilknytning til hjemlandet Tyrkia der han hadde bodd frem til han var tolv år gammel. Domstolen mente videre at mannen var tilbøyelig til kriminalitet. Når det gjaldt hans barn la retten vekt på at de var veldig små da det ble fattet vedtak om utvisning, slik at det ville være mulig for dem å tilpasse seg et liv i Tyrkia. Selv om det ville være praktiske vanskeligheter for kvinnen å følge sin samboer til hans hjemland, mente retten at dette ikke kunne veie opp for hensynet til å utvise en person som hadde begått meget alvorlige forbrytelser. Det var dissens 14 mot 3 stemmer. De tre dissenterende dommerne mente at det var uforholdsmessig å utvise utlendingen når han allerede

hadde fått en straff av fengsel i syv år og at det ikke var tatt nok hensyn til barnas beste i flertallets konklusjon.

I *Bouchelkia v. France* application no.23078/93 endte det også med utvisning av utlendingen. Dommen handlet om en borger fra Algerie som kom til Frankrike da han var to år gammel. Han hadde sin mor og ni søsken boende i vertslandet. Da han var 17 år gammel ble han dømt til fengsel i fem år for voldtekt med skjerpene omstendigheter i tillegg til tyveri. De straffbare forholdene ble av domstolen sett på som meget alvorlige, selv om de ble begått da han var mindreårig. Retten mente at han hadde også nære slektninger i hjemlandet og at han hadde bevart sine bånd med opprinnelseslandet, selv om han kom til vertslandet da han bare var to år gammel. På denne bakgrunn kom domstolen til at det ikke ville være uforholdsmessig å utvise ham. Det var dissens 8-1 blant dommerne. Den dissenterende dommeren mente at mannen hadde sin største tilknytning til Frankrike, fordi han hadde kommet til vertslandet i en veldig ung alder i tillegg til at hans mor og søsken bodde i vertslandet. Dessuten hadde han hatt all sin utdannelse og sitt arbeidsliv i Frankrike. Han kunne heller ikke arabisk. Bortsett fra sin onkel hadde han ingen andre nære slektninger i Algerie. På grunn av disse fakta kom den dissenterende dommeren til at det forelå brudd på EMK artikkel 8.

En annen dom som er relativ ny og hvor det også endte med utvisning er *Kaya v. Germany* application no. 31753/02. Kaya var en tyrkisk mann som var født i Tyskland. Hans foreldre hadde bodd i vertslandet i mer enn 30 år på tidspunktet for dommen. Også hans søster bodde i Tyskland. Han hadde besøkt hjemlandet kun to til tre ganger i forbindelse med ferie og jobbet der i ca. fire uker som bilmekaniker, samme år som han hadde fått sitt mekanikerbevis i Tyskland. Året etter ble han dømt for en rekke forhold deriblant to forsøk på menneskehandel i forbindelse med prostitusjon og flere tilfeller av grov mishandling av ofre. I tillegg hadde han kjøpt ulovlige rusmidler. Straffen var fengsel i tre år og fire måneder. De straffbare forholdene ble av domstolen karakterisert som svært alvorlige forhold. Når det gjaldt den konkrete saken la retten vekt på at mannen var født og hadde levd i Tyskland i hele sitt liv. Retten uttalte at mannen hadde en sterk tilknytning til vertslandet. På den annen side la domstolen vekt på at mannen ikke hadde søkt om tysk statsborgerskap og mente i motsetning til mannen at han hadde en sjanse for å få innvilget statsborgerskap. Videre la retten vekt på at mannen hadde

jobbet i Tyrkia i noen uker og at mannen hadde kjennskap til tyrkisk språk. Etter en helhetsvurdering og spesielt tatt hensyn til forbrytelsenes svært alvorlige karakter kom domstolen til at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 8.

4.2.2.2 Hensynet til familie i vertslandet

I *Omojudi v. The United Kingdom* application no.1820/08 ble hensynet til utlendingens familie i Storbritannia lagt betydelig vekt. Dommen handlet om en mann fra Nigeria som kom til vertslandet for å studere da han var 22 år gammel. Hans partner fra Nigeria fulgte ham senere og de giftet seg i Storbritannia. De fikk tre barn som alle ble britiske statsborgere. Det eldste barnet fikk senere en datter selv. Da mannen ikke fikk medhold i forlengelse av sin tillatelse i landet ble han varslet om utvisning. I mellomtiden ble han dømt til fengsel i fire år for tyveri og for en avtale om å begå en forbrytelse. Deretter ble han dømt til fengsel i 15 måneder for seksuell overfall av en person. På grunn av disse forholdene ble det fattet vedtak om utvisning. Domstolen la vekt på at det seksuelle overfallet ikke var av det mest graverende i denne type overfall. Dommen om fengsel på fire år for tyveriet og avtalen om å begå lovbrudd ble ansett for å være mer alvorlig. Andre momenter som var av betydning i saken var mannens lange botid i landet som var på ca. 26 år. Det samme gjaldt ektefellens botid. I denne saken ble det utslagsgivende momentet mot utvisning hensynet til utlendingens familie. Retten mente at ektefellene hadde sin største sosiale tilhørighet i vertslandet og la vekt på at de hadde etablert et samlet familieliv med sine barn. Dessuten tok ektefellene av seg deres barnebarn slik at deres eget barn kunne studere videre. Retten mente at det ville være vanskelig for familien å fortsette samlivet i Nigeria og konkluderte med at utvisningen av familiefaren ikke var et nødvendig tiltak i et demokratisk samfunn, fordi det ville ramme familien sterkt.

4.2.2.3 Tidspunktet for dannelse av familieliv

Onur v. The United Kingdom Application no.27319/07 handlet om en mann som var av kurdisk etnisitet men som hadde fått tyrkisk statsborgerskap. Han kom til Storbritannia da han var elleve år gammel med sin far og sine brødre for å gjenforenes med sin mor som allerede bodde i vertslandet. Mannen ble dømt for en rekke forhold. Den alvorligste av dem var væpnet ran hvor han var lederen av gjengen som utførte

ranet. For dette forholdet fikk han en straff på fengsel i fire og et halvt år. På bakgrunn av dette forholdet ble det sendt ut varsel om utvisning. Utlendingen hadde flere yngre barn med en kurdisk kvinne som han var samboer med. Ved vurderingen av om utvisningsvedtaket var nødvendig i et demokratisk samfunn, ble det ikke tatt særlig hensyn til dette ekteskapet, fordi kvinnen visste om mannens kriminelle bakgrunn og at myndighetene vurderte å utvise ham da deres samliv ble innledet. Dette er i samsvar med det som følger av gjennomgått norsk rettspraksis ovenfor. Resultatet ble at domstolen ikke mente det det var brudd konvensjonens artikkel 8.

4.2.2.4 Muligheter for å fortsette samlivet i hjemlandet

I *Boultif v. Switzerland* Application no.54273/00 var det utslagsgivende momentet muligheten for ektefellene til å fortsette familielivet i utlandet. Dommen handlet om en borger fra Algerie som ankom Sveits i en alder av 25 år og giftet seg med en sveitsisk borger. Senere ble han dømt til fengsel i to år for blant annet tyveri og vold mot en person. Domstolen mente at lovbruddene var alvorlige, men la vekt på at utlendingen i årene etter disse, ikke hadde vært involvert i noe kriminelt. Mannen ble løslatt fra fengselet uten å sone hele straffen på grunn av hans gode opptreden. Videre bemerket domstolen at mannen hadde et aktivt arbeidsliv.

Det som i størst grad talte mot utvisning var samlivet ektefellene hadde. Domstolen vurderte om de kunne bo i Algerie. Her bemerket retten at kvinnen kunne snakke fransk, men at hun aldri hadde bodd i Algerie. Hun hadde ingen andre forbindelser til det landet bortsett fra at hun hadde snakket med sin svigermor over telefonen. Hun snakket dessuten ikke arabisk og var av sveitsisk nasjonalitet. På bakgrunn av disse fakta kom retten til at det ville være urimelig å forvente at kvinnen skulle følge sin mann til hans hjemland for å fortsette samlivet. Deretter vurderte retten om familielivet kunne opprettholdes ved at ektefellene bosatte seg i Italia. Retten la her vekt på at mannen hadde bodd lovlig i Italia i tre år før han ankom Sveits. Men domstolen kom til at det ikke forelå opplysninger som tilsa at ektefellene ville få anledning til å bosette seg lovlig i Italia. På grunn av denne situasjonen kom menneskerettsdomstolen til at det ikke var praktisk mulig for ektefellene å fortsette samlivet i utlandet og at det ville være uforholdsmessig å utvise utlendingen med tanke på at han hadde vist gode tegn til forbedringer, og dermed representerte en begrenset fare for offentligheten.

4.2.2.5 Helsetilstanden til de involverte partene

Helsetilstanden til utlendingen selv var det utslagsgivende momentet i saken Nasri v. France application no.19465/92. Dommen handlet om en mann opprinnelig fra Algerie som var både døv og stum fra fødselen av. Han kom til Frankrike da han var fem år gammel. Han var dømt for flere kriminelle handlinger, blant annet for tyveri med bruk av vold og særlig var det gruppevoldtekten han deltok i og som han ble dømt til fem års fengsel for, som var begrunnelsen for at myndighetene fattet vedtak om utvisning mot ham. Mannen hadde i hele sitt liv bodd sammen med sine foreldre og søsken. Han mente at de var de eneste som kunne forstå hans måte å uttrykke seg på som døv og stum. Domstolen la i sin vurdering av forholdsmessighet vekt på at mannen ikke hadde kunnskap om det arabiske språket, og den begrensede skolegangen han hadde hatt, hadde vært i Frankrike. Videre la retten vekt på at han etter voldtekten ikke hadde begått en lignende forbrytelse igjen. Myndighetene hadde ikke gjort nok for å følge hans tilstand opp. Selv om det kriminelle forholdet i saken var av en alvorlig karakter, ble det lagt vekt på at mannen ikke hadde vært initiativtageren til voldtekten. Det ble også lagt vekt på at han var analfabet og at hans handikapp gjorde at det var veldig viktig for ham å kunne fortsette å bo med sin familie, også for å unngå at han fortsatte å havne i kriminelle miljøer. På bakgrunn av mannens spesielle situasjon kom retten til at utvisningsvedtaket ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn og dermed var uforholdsmessig overfor utlendingen.

4.2.2.6 Graden av integrering i vertslandet

Graden av integrering i samfunnet var det sentrale momentet mot utvisning i A.A. v. The United Kingdom application no. 8000/08. Denne handlet om en mann fra Nigeria som ankom Storbritannia da han var 13 år gammel sammen med sine to søstre. Moren deres bodde allerede i landet. Da mannen var 15 år gammel ble han dømt til å bo på institusjon for unge kriminelle i fire år. Bakgrunnen var at han sammen med en gruppe andre gutter voldtok en jente som var 13 år gammel. Mens han bodde på institusjon fikk han forhåndsvarsel om utvisning på grunn av voldtekten. Domstolen la til grunn at den kriminelle handlingen var å anse som alvorlig i utvisningssammenheng. Retten la videre vekt på at forbrytelsen var blitt utført da mannen var mindreårig. Han hadde bodd i vertslandet i elleve år da saken kom opp for domstolen og han hadde ikke vært involvert

i noe kriminelt siden voldtekten. Retten la også vekt på at han under soning i institusjon hadd tatt flere grader av høyere utdanning. Og etter soningen skaffet han seg mer utdanning på enda høyere nivå. Deretter fikk han fast jobb. Mannen var også blitt integrert i samfunnet ved at han var medlem av et kirkesamfunn og han hadde alle sine sosiale og familiære bånd i vertslandet. Retten la i denne saken stor vekt på at utlendingen hadde jobbet hardt for å reintegrere seg både under soningen og etter soningen. Etter en helhetsvurdering konkluderte domstolen med at en utvisning av mannen ville bety en krenkelse av konvensjonens artikkel 8.

4.2.3 Spesielt om hensynet til barna

I den ovenfor gjennomgåtte avgjørelsen *Maslov v. Austria* slo domstolen fast at plikten til å se hen til barnets beste også gjelder utlendingen selv når denne er mindreårig ved tidspunktet for avgjørelsen eller var det da vedkommende begikk de kriminelle handlinger som var grunnlaget for utvisningsvedtaket.

Den ovenfor nevnte dommen Rt 2009 534 som endte med utvisning av en kvinne som hadde brutt utlendingsloven, ble brakt inn for Den europeiske menneskerettsdomstolen som saken *Nunez v. Norway* application no. 55597/09 fra 2011. Resultatet ble et annet der, men igjen med dissens. For faktum i saken vises det til redegjørelsen ovenfor i punkt 4.1.3.

EMD var enig i at kvinnens brudd på utlendingsloven var grovt. Retten mente at forholdet til kvinnen ikke kunne være noe sterkt moment i saken da mesteparten av hennes botid i Norge var basert på falsk informasjon fra hennes side. I denne saken var det utslagsgivende momentet som førte til brudd på konvensjonen hensynet til kvinnens to døtre. Retten var enig med mindretallet i Høyesteretts avgjørelse at kvinnen var den primære omsorgsgiveren til barna inntil faren deres fikk den daglige omsorgen alene. Videre var retten enig med mindretallet i Høyesterett om at barna allerede hadde opplevd mye stress først ved foreldrenes separasjon og så ved at de ble nødt til å flytte fra morens hjem til farens hjem. Selv om flertallet i Høyesterett mente at barna ville få mulighet til kontakt med moren i løpet av de to årene utvisningsvedtaket varte, mente

EMD at barna mest sannsynlig ville være adskilt fra moren i løpet av denne perioden, noe som var en lang periode for barn i den unge alderen. Domstolen påpekte at det var ingen garanti for at moren ville kunne returnere til Norge etter de to årene. Barnas beste hadde ikke fått tilstrekkelig vekt mente EMD og konkluderte med at det ville være uforholdsmessig i forhold til barna om deres mor skulle utvises for to år fra Norge. Det var dissens 5-2 i domstolen i tillegg til at én dommer som var enig i resultatet ønsket en mer fyldig redegjørelse for dommen. De to dommerne som var uenig i resultatet, mente at hvis man kom til brudd med konvensjonens artikkel 8, ville det føre til at utlendinger misbrakte systemet ved å få barn i riket kun for å slippe å bli utvist. Mindretallet mente at domstolens flertall burde ha respektert Høyesteretts flertalls mening om at når utlendinger begår alvorlige kriminelle handlinger så kreves det uvanlig store belastninger for de nærmeste familiemedlemmene, for at utvisningen skal kunne ansees som uforholdsmessig. I tillegg mente mindretallet at kvinnen ville ha muligheter til holde kontakten med sine barn, da faren var positiv til å legge til rette for det. Mindretallet mente også at det ikke var noe som tilsa at barna var nærmere knyttet moren enn faren. Resultatet ble uansett at brudd på konvensjonens artikkel 8.

En annen nylig dom fra 2012 av EMD er Antwi and others v. Norway application no. 26940/10. Dommen er foreløpig ikke rettskraftig. Den handlet om en familie opprinnelig fra Ghana. Kvinnen og barnet på ti år var norske statsborgere. Mannen hadde kommet til Norge i voksen alder, og hadde overtrådt utlendingsloven ved blant annet falsk identitet og ulovlig opphold.

Familien hadde tapt saken i LB-2008-84594 der vedtak om utvisning på fem år ble opprettholdt. To av dommerne i lagmannsretten kom til at utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig da hennes mor kunne gi henne tilfredsstillende omsorg alene. Én dommer mente at innreiseforbudet burde settes ned til to år og anså overtredelsene som mindre grove enn flertallet.

I EMD ble familiefarens brudd med utlendingsloven karakterisert som grove på lik linje med lagmannsrettens flertall. Hverken hensynet til utlendingen selv eller kona kunne føre til at utvisning av mannen ble uforholdsmessig da begge kunne forventes å kunne fortsette samlivet i Ghana. Det sentrale momentet som talte mot utvisning var hensynet til deres datter. Hun var født i Norge og hadde hele sitt liv bodd her. Hun var fullt integrert i det norske samfunnet og snakket norsk med sine foreldre. Barnet hadde vært i

Ghana kun tre ganger. Da faren var hjemmeværende, spilte han en stor rolle ved ivaretagelsen av den daglige omsorgen av barnet, og hennes skole- og fritidsaktiviteter. Slik oppfølging var i følge retten viktig for et barn i hennes alder. Barnet hadde derfor i følge domstolen like sterke bånd med faren som med moren. Domstolen var enig med lagmannsretten i at utvisningen av familiefaren ikke ville være til fordel for barnet. På den annen side var domstolen også enig med lagmannsrettens flertall i at barnet ikke hadde spesiell behov for omsorg og at moren alene kunne ta vare på henne i tilfredsstillende grad. Det ble også lagt vekt på at det var mulighet for å fortsette samlivet i Ghana, da begge foreldrene opprinnelig var fra landet.

Domstolen sammenlignet saken med Nunez v. Norway og mente at disse var ulike, fordi det forelå spesielle omstendigheter i Nunez saken som tilsa at utvisning var uforholdsmessig. Blant annet den lange saksbehandlingstiden i saken og at barna i Nunez saken hadde vært gjenstand for mye stress. Noe som ikke var gjeldende i like grad for datteren i denne saken. Domstolen kom med fem mot to stemmer til at utvisning av mannen på fem år ikke var i strid med artikkel 8 i EMK.

De to dissenterende dommerne mente at flertallets synspunkter var motstridende når det både mente at utvisningen klart ikke ville være til fordel for barnet samtidig som de mente at barnets beste hadde vært tilstrekkelig vektlagt i vurderingen. Videre mente de at saken var ganske lik Nunez saken og at de kriminelle handlingene i foreliggende sak var av en mindre alvorlig grad enn det som var tilfellet i Nunez saken, slik også mindretallet kom til i lagmannsretten. De la også vekt på at barna i Nunez saken var av tilsvarende alder som i foreliggende sak, henholdsvis 9 og 8 år gamle. Videre var utvisningsvedtaket bare på to år i den saken i forhold til foreliggende sak. Dessuten at moren var fratatt den daglige omsorgen i Nunez saken, mens faren fortsatt hadde den i denne saken, slik at hans tilknytning til barna kunne sies å være større. Mindretallet i Antwi konkluderte på denne bakgrunn med at det var uforholdsmessig å utvise familiefaren.

4.2.4 Sammenligning av praksis fra Høyesterett og EMD

Vi har sett at spredning av narkotika oppfattes som svært alvorlig av både Høyesterett og EMD. Videre har vi sett at både EMD og Høyesterett uttaler at det skal svært mye til for å utvise en person som har bodd lenge i Norge og har kommet til riket som barn. Både EMD og Høyesterett legger vekt på om de kriminelle handlinger ble utført da utlendingen var mindreårig. Jfr. *Maslov v. Austria* avsnitt 72 gjengitt ovenfor og Rt 2009 1432 avsnitt 40. Dette viser at det er mange likheter i rettspraksis fra de to domstolene.

På den annen side har jeg ikke funnet at Høyesterett har lagt betydning på at utlendingen har avstått fra kriminelle handlinger etter det siste kriminelle forholdet slik som jeg har sett i avgjørelsene fra EMD. Jeg er derfor enig med det som står skrevet i kommentarutgaven til utlendingsloven når det der står skrevet at det kan virke som at EMD har flere momenter i seg i proporsjonalitetsvurderingen etter EMK artikkel 8 annet ledd enn det som følger av forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §70.⁶⁶ Det kan tenkes at det gjør at EMD kanskje kommer til uforholdsmessighet i mange saker der Høyesterett ville kommet til forholdsmessighet. Det er ingen inngående drøftelser om utlendingens forbedringer siden siste kriminelle handling hos Høyesterett slik som det er i mange av sakene fra EMD. Mangelen på dette momentets vekt i norsk rettspraksis kan tenkes å føre til at det kreves enda mer i norsk rettspraksis for å veie opp mot forholdets alvor i slike saker i forhold til praksis fra EMD. Likevel mener jeg at det ikke er tilfellet. For meg virker det som at EMD og Høyesterett er like strenge i proporsjonalitetsvurderingen ved meget alvorlige forbrytelser. Hvorfor jeg mener det skal jeg nå forsøke å sammenfatte.

Både Høyesteretts og EMDs praksis vitner om at det ved meget alvorlig kriminalitet kreves svært mye tilknytning til vertslandet for at det skal være uforholdsmessig å opprettholde et utvisningsvedtak. Selv om domstolene selv uttaler at utlendingen har en klar og sterk tilknytning til vertslandet og det er slik at utlendingen har kommet til landet i en ganske ung alder er det ikke nok for å unngå utvisning, dersom utlendingen har begått meget alvorlig kriminalitet.

Jeg viser i denne forbindelse til Rt 2005 238 om kvoteflyktningen som forlot hjemlandet da han var ni år gammel og ankom Norge da han var 12 år og ti måneder

⁶⁶ *Utlendingsloven Kommentarutgave* (2010) s. 437- 439

gammel. Dommen endte med dissens 3-2. Både flertallet og mindretallet mente at han hadde en klar tilknytning til Norge. Flertallets begrunnelse var at de bedømte de kriminelle handlingene som mer alvorlige enn det mindretallet hadde kommet frem til, selv om også mindretallet mente at de var av en alvorlig karakter.

Jeg viser så til Rt 1996 566 der utlendingen kom til Norge i en alder av 12 år og hadde en botid på 20 år i riket. Han hadde også ektefelle og barn i Norge, og Høyesterett kom frem til at familien ville bli splittet som følge av utvisningsvedtaket. Selv om utlendingen dermed hadde en betydelig tilknytning til riket ble resultatet ikke uforholdsmessig å opprettholde utvisningsvedtaket, fordi mannen hadde begått meget alvorlig kriminalitet.

Ende et eksempel på at resultatet ble forholdsmessighet til tross for at Høyesterett selv uttalte at utlendingen hadde en sterk tilknytning til Norge er Rt 2009 1432 om den iranske mannen som ankom riket som 14 åring og kun hadde besøkt Iran en gang da hans bestemor døde. Han hadde også sine brødre boende i Norge. Selv om retten mente at han hadde en sterk sosial og kulturell tilhørighet til Norge, ble konklusjonen utvisning. Dette skyldtes at retten antok at han hadde bevart en viss tilknytning til Iran, fordi han hadde bodd der frem til han var 14 år.

Når det gjelder praksis fra EMD kan det vises til Üner v. The Netherlands. Üner var tolv år da han kom til Nederland. Han hadde en botid på 17 år og nær familie i landet. Også i denne dommen uttalte EMD at han hadde en sterk tilknytning til vertslandet. Men siden han hadde bodd i Tyrkia frem til han var tolv år mente domstolen at han også hadde en viss tilknytning til hjemlandet, og konkluderte derfor med dissens 14-3 at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 8.

Et annet eksempel er C v. Belgium, der utlendingen var 11 år gammel ved ankomst til Belgia og EMD uttalte at han hadde oppnådd en real tilknytning til vertslandet. Begrunnelsen for at det likevel ikke forelå brudd på konvensjonen skyldtes at han også hadde en tilknytning til hjemlandet. Dessuten mente domstolen at resultatet ikke var så inngripende om utlendingen hadde kommet til landet i en enda yngre alder eller om han var født der.

Men heller ikke det å ankomme vertslandet i en enda yngre alder er nødvendigvis nok tilknytning. Her kan det vises til Bouchelkia v. France der utlendingen kom til vertslandet da han bare var to år gammel. Han kunne ikke arabisk, hadde hatt all sin

utdannelse i Frankrike og all sin nære familie i vertslandet unntatt en onkel i hjemlandet. I tillegg var han mindreårig da han begikk forbrytelsene. Det kan merkes at den dissenterende dommeren i denne saken mente at han på grunn av disse opplysningene hadde sin vesentligste tilknytning til Frankrike og at det følgelig var uforholdsmessig å opprettholde utvisningsvedtaket. De øvrige åtte dommerne var ikke enige med ham.

Det å være født i vertslandet er nødvendigvis heller ikke nok til å veie opp mot svært alvorlige straffbare forhold. Her kan det vises til *Kaya v. Germany*. Mannen var født i Tyskland og hadde all sin nære familie der. Han hadde i hele sitt liv bodd i Tyskland og domstolen uttalte at han hadde en sterk tilknytning til vertslandet. Likevel ble resultatet ikke brudd på EMK artikkel 8.

I *Üner v. the Netherlands* uttalte EMD på generelt grunnlag at artikkel 8 første ledd i konvensjonen ikke gir noen absolutt beskyttelse mot utvisning: «The Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country and,..., Contracting States have the power to expel an alien convicted of criminal offences. »⁶⁷ «The Court considers that these principles apply regardless of whether an alien entered the host country as an adult or at a very young age, or was perhaps even born there... While a number of Contracting States have enacted legislation or adopted policy rules to the effect that long-term immigrants who were born in those States or who arrived there during early childhood cannot be expelled on the basis of their criminal record..., such an absolute right not to be expelled cannot, however, be derived from Article 8 of the Convention...»⁶⁸

Slik det ble nevnt innledningsvis i denne avhandlingen har en slik regel om absolutt vern mot visse utlendinger blitt vedtatt som norsk lov, jfr. §69 annet ledd i utlendingsloven . Derfor ville ikke resultatet blitt det samme som i *Kaya v. Germany* etter norsk utlendingslov. På den annen side gikk departementet ikke inn for å innføre et absolutt vern mot utlendinger som har kommet til riket i en ung alder i forbindelse med den nye utlendingsloven. Dette ble begrunnet med at det svært sjeldent ville være aktuelt å utvise utlendinger under 12 år. Departementet argumenterte med at det ville

⁶⁷ *Üner v. the Netherlands* (54)

⁶⁸ *Üner v. the Netherlands* (55)

svekke tilliten til innvandringspolitikken dersom utlendinger som kom til landet som barn, men som har beholdt en sterk tilknytning til hjemlandet ikke skulle kunne utvises.⁶⁹

Mot dette kan anføres at vi har sett i rettspraksis at utlendinger som har ankommet Norge som barn og som har sin vesentligste tilhørighet til norsk samfunn og kultur i dag blir utvist, dersom de fortsatt har en liten tilknytning til hjemlandet eller må antas å ha det fordi de til en viss alder har bodd der før de kom til Norge. Det er ikke slik i praksis at det bare er de barna som fortsatt har sin vesentligste tilknytning til hjemlandet som blir utvist.

5 Konklusjon

Undersøkelsen av rettspraksis viser at det er vanskelig å få et utvisningsvedtak kjent ugyldig dersom man har begått meget alvorlig kriminalitet. Dette understrekes også av forarbeidene til den nye utlendingsloven: « Selv om utlendingen har en meget sterk tilknytning til riket vil det ofte være grunnlag for utvisning dersom utlendingen er straffet for slike forhold...»⁷⁰ Dette ser ut til å være hovedregelen når utlendingen har begått alvorlige forbrytelser både i norsk rettspraksis og i praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen. Etter min mening forsvinner kravet om rimelig balanse i forholdsmessighetsvurderingen når man har denne hovedregelen som et utgangspunkt for helhetsvurderingen. Slik vi har sett av rettspraksis blir det da ikke tilstrekkelig at utlendingen ankommer vertslandet som barn og har sin vesentligste tilknytning til vertslandet, så lenge personen også har eller må antas å ha en liten tilknytning til sitt opprinnelsesland.

⁶⁹ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s.293

⁷⁰ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 292

6 Konvensjonsregister

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4.november 1950
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989
SP	FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16.desember 1966

7 Lov- og forarbeidsregister

1981	Lov om barn og foreldre (barnelova) av 08.april 1981 nr 7.
1988	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr 64.

1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr 30.
2008	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15.mai 2008 nr 35.
2009	Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15.oktober 2009 nr 1286.
NOU 2004:20	Ny utlendingslov
Ot.prp.nr 75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

8 Litteraturliste

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære* 5.utg. Oslo, 2001

Utlendingsloven Kommentartutgave. Redigert av Vevstad, Vigdis. Oslo, 2010

9 Domsregister

9.1 Den europeiske menneskerettsdomstolen

A.A. v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20.september 2011, Application no.8000/08
Antwi and Others v. Norway	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 14.februar 2012, Application no. 26940/10
Berrehab v. The Netherlands	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 21.juni 1988, Application no. 10730/84
Bouchelkia v. France	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 29.januar 1997, Application no. 23078/93
Boultif v. Switzerland	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 02.august 2001, Application no. 54273/00
C v. Belgium	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 07.august 1996, Application no. 21794/93
Darren Omoregie and Others v. Norway	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 31.juli 2008, Application no. 265/07
Goodwin v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 27.mars 1996, Application no. 17488/90
Kaya v. Germany	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 28.juni 2007, Application no. 31753/02
Maaouia v. France	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 05.oktober 2000, Application no. 39652/98
Maslov v. Austria	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 23. juni 2008, Application no. 1638/03
Moustaquim v. Belgium	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 18. februar 1991, Application no. 12313/86
Nasri v. France	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 13.juli 1995, Application no. 19465/92
Nunez v. Norway	The European Court of Human Rights,Strasbourg,

	28.juni 2011, Application no. 55597/09
Omojudi v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 24. november 2009, Application no. 1820/08
Onur v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 17. februar 2009, Application no. 27319/07
Slivenko v. Latvia	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 09.oktober 2003, Application no. 48321/99
Üner v. The Netherlands	The European Court of Human Rights,Strasbourg, 18. oktober 2006, Application no. 46410/99

9.2 Høyesterett

Rt 1995 72
 Rt 1996 551
 Rt 1996 561
 Rt 1996 566
 Rt 1996 568
 Rt 1996 1510
 Rt 1998 1795
 Rt 2000 591
 Rt 2000 996
 Rt 2005 229
 Rt 2005 238
 Rt 2007 667
 Rt 2009 534
 Rt 2009 546
 Rt 2009 705
 Rt 2009 1432
 Rt 2010 1430
 Rt 2011 948

9.3 Lagmannsrett

LB-2003-185

LB-2008-84594

LB-2008-195078

LB-2010-118487

LB-2010-173468

